

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI
SUR
L'ÉVOLUTION DU CHARÂA
ET
SON APPLICATION JUDICIAIRE
EN TUNISIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mardi 25 novembre 1930, à 14 heures

PAR

Bahri GUIGA

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur

*Suffragants : { MM. J. DE LA MORANDIÈRE, professeur
MAUNIER, professeur*

PARIS
JOUVE & Co, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1930

*Thèse Paris
1930.*

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI
SUR
L'ÉVOLUTION DU CHARÂA
ET
SON APPLICATION JUDICIAIRE
EN TUNISIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mardi 25 novembre 1930, à 14 heures

PAR

Bahri GUIGA

Président : M. LÉVY-ULLMANN, professeur

*Suffragants : { MM. J. DE LA MORANDIÈRE, professeur
MAUNIER, professeur*

PARIS
JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1930

*24847

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON TRÈS CHER PÈRE HAMOUDA

A MON ONCLE ABDERRAHMAN

A TOUS LES MIENS

*En faible témoignage d'un profond
amour et d'une grande affection.*

BAHRI GUIGA.

AVANT-PROPOS

Depuis l'époque bénie des Dieux où « chrétiens, juifs et musulmans parlaient la même langue, chantaient les mêmes poésies, participaient aux mêmes études littéraires et scientifiques » où tous « travaillaient d'un même accord à l'œuvre de la civilisation commune » (1) étroitement unis à Cordoue, à Séville ou à Grenade dans le même culte de la science et des belles choses, le monde musulman et le monde chrétien d'abord ennemis puis étrangers l'un à l'autre eurent jusqu'au xix^e siècle, peu ou point de rapports.

A l'époque moderne, les puissances économiques européennes, regorgeant de marchandises et de capitaux, ont été amenées, fatalement peut-on dire, à subjuguier une bonne partie du monde musulman.

Ce contact sur le même sol de deux éléments totalement différents a engendré, incontestablement, des problèmes angoissants.

Le régime du Protectorat en Tunisie, permet d'ob-

1. V. E. Renan, *Averroès et l'averroïsme*. Paris 1866, p. 4.

tenir dans son application loyale la solution élégante de nombre de ces questions, dont une des plus importantes et des plus urgentes aussi, est celle de l'Organisation de la Justice religieuse Musulmane.

Dans ce cas dirons-nous avec M. le Professeur Arminjon « dans le cas tout au moins où la règle et les institutions d'un système sont adéquats à l'état social, aux mœurs, aux idées, aux traditions, aux croyances des personnes, qu'elles unissent, et où ces personnes sont fermement attachées par une accoutumance héréditaire à ces institutions et à cette règle le droit de réglementation dont dispose l'Etat se borne, en bonne justice à prescrire aux représentants du système, de donner une forme plus exacte et plus claire à leur législation, de faire rédiger leurs coutumes, d'améliorer leurs institutions judiciaires et administratives (1) ».

Mais, une grande querelle surgit alors, querelle vieille comme le monde entre, comme dit Barrès, les vieux et les morts « qui nous empoisonnent » et l'esprit nouveau qui réclame ses droits légitimes à la vie.

Pour résoudre ce conflit nous nous en rapportons à la loi musulmane qui nous régit depuis près de quatorze siècles, car elle seule pourra nous départager.

1. Arminjon, *Dalloz*, II^e édition, p. 91.

Nous verrons peut-être alors, que ce qu'il est important de connaître, ce n'est pas tant les dispositions formelles d'une législation, que le but éternel qu'elle se propose.

ESSAI
SUR
L'ÉVOLUTION DU CHARÂA
ET
SON APPLICATION JUDICIAIRE
EN TUNISIE

LIVRE PREMIER

CHAPITRE PREMIER

LE CHARAA ET SON ÉVOLUTION

Le Charaà s'entend de toutes les dispositions civiles ou religieuses contenues dans le Coran et dans la Sounnat du Prophète Mohammed (1).

Le Coran (2), ou le Livre (al Kitab) est la parole de Dieu, révélée à son prophète.

1. Cf. Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, texte Quatremère, t. III, p. 1.

Le prince Saïd Halim dans une excellente étude publiée dans la revue *Orient et Occident* (Paris 1922, p. 5), définit le Charaà ou Chérieh « l'ensemble des vérités morales et sociales naturelles que le prophète nous révéla au nom du créateur, desquelles dépend le bonheur humain ». Nous préférons la définition du grand historien tunisien parce que plus précise et plus juridique.

2. Le Coran est d'une lecture difficile. Des commentaires nom-

Incréé et éternel, selon l'opinion prédominante, il est pour les Musulmans la Loi Suprême, la Loi Sacrée et infaillible qui ne souffre aucune critique. Il contient en lui la généralité des principes fondamentaux du droit musulman, et les juristes, hommes de loi en même temps que théologiens, soutiennent que pour toutes les hypothèses, le Coran présente une solution soit explicite, soit implicite.

La Sounnat, c'est l'ensemble des traditions, comprenant les k'awl (sentences), les fiyl (actes) et le tak'rir (confirmation tacite) du prophète Mohammed.

1^o Les k'awl sont les hadiths (paroles) explicites, ceux qui ne soulèvent aucune discussion. Ils contiennent soit un ordre, soit une défense, soit une concession formelle.

2^o Les fiyls sont les actes qui traduisent implicitement l'opinion ou la volonté du prophète.

Les traditionnistes ne sont pas d'accord sur le caractère à leur attribuer. Les uns les considèrent comme wajib, obligatoires ; les suivre pour les autres est seulement un acte recommandable (mandoub) ou préférable (moustahab). Mais les uns et les autres proclament que les fiyls du Prophète doivent servir d'exemples à toute la communauté musulmane et

breux se sont attachés à l'expliquer. Les plus estimés sont ceux de Tabari mort en 310 de l'Hégire correspondant à (923 J.-C.), de Zamakhchari (538 H-1143 J.-C) et d'El Baidhaoui (685 H-1286 J.-C.).

le Coran dans des versets nombreux impose cette façon de voir.

« Vous avez un excellent exemple dans votre Prophète, un exemple pour tous ceux qui espèrent en Dieu et croient au jour dernier, qui y pensent souvent (1). »

Le Kalife Omar ben el Khattab ayant vu un jour le prophète baiser une pierre, imita ce geste en s'écriant :

« Je sais que tu n'es qu'une pierre, ne pouvant ni profiter ni nuire à qui que ce soit, mais j'ai vu l'Envoyé de Dieu te baiser. »

3° Le takrir est le silence approbatif à propos de certains us et coutumes, qu'il n'a ni ratifiés ni rejetés.

C'est aussi le cas qui se présente lorsque le prophète voyant agir ou parler devant lui un homme mûr et raisonnable ne proteste pas, indiquant par là que ce qui s'est accompli ou ce que l'on a prononcé, est autorisé par la loi musulmane.

D'aucuns soutiennent, avec juste raison, que l'esprit du prophète pouvait alors être préoccupé par des sujets plus importants ou que son attention pouvait être distraite par des faits extérieurs, pour en tirer un enseignement quelconque. D'autres n'admettent pas ce Tak'rîr parce que disent-ils le Pro-

1. Coran, trad. Kasimirski, chap. XXXIII, vers. 21.

phète l'a écarté en disant que « Celui qui tait la vérité est un Démon » et que le Coran n'en a point parlé lorsqu'il a dit : « Qu'ils suivent l'Envoyé, le Prophète illettré qu'ils trouvent signalé dans leurs livres, dans le Pentateuque et dans l'Evangile : le Prophète qui leur commande le bien et leur interdit le mal ; qui leur permet l'usage des aliments excellents et leur défend les aliments impurs ; qui allège leurs fardeaux et ôtent les chaînes qui les accablaient. Ceux qui croiront en lui, ceux qui le fortifient, ceux qui l'assistent et suivent la lumière descendue avec lui ; ces hommes-là seront bienheureux (1) ».

Le Sounnat comprend donc, selon la majorité des auteurs, les dires du Prophète inspiré par Dieu, ses actes et son consentement tacite ou son silence approbatif ; « leur autorité en quelque sorte obligatoire dérive de l'opinion établie par les Imams (jurisconsultes), que tout fidèle doit se conformer autant qu'il est en lui à la vie et aux actions civiles et religieuses du Législateur et de ses apôtres (2) ». Mais il faut ajouter que quelle que soit l'autorité du Hadith, « document de la Sounnat », dès qu'il est sur quelque point en opposition avec le Coran, son autorité s'efface et c'est le Livre qu'il faut suivre.

1. Cor., chap. VII, vers. 156.

2. Ibrahim Halébi, *Moulteka el Bouhour*, trad. Mouradja d'Ohsson. Introd., p. II.

D'une façon très générale on peut donc dire que le Charaà est la Loi divine révélée soit explicitement, et c'est le Coran, soit implicitement et c'est l'ensemble des Hadiths relatant ce que le Prophète a fait ou dit de son vivant.

Comme nous le verrons par la suite, le Charaà constitue la base unique de l'évolution du droit musulman. Mais l'on peut dire d'ores et déjà que dans le Charaà lui-même, la Sounnat ne vaut que par l'interprétation qu'elle donne des préceptes sommaires et généraux posés dans le Livre Sacré. Ce travail qui trouve son fondement dans cette parole de Dieu s'adressant à son Prophète : « Nous t'avons aussi donné un Livre afin que tu expliques aux hommes ce qui leur a été révélé (1) », est bien la première étape d'élaboration, qui ouvre toute grande la « porte de l'effort législatif », l'idjtihad, aux foukaha (savants jurisconsultes) de toutes les générations à venir.

Peu après la mort du Prophète le nombre des Hadith, déformés ou inventés, augmenta dans une proportion tellement grande, qu'il fallut procéder de toute urgence à leur dénombrement par écrit.

On considéra comme authentique tout hadith pour lequel on put établir une chaîne ininterrompue de rapporteurs de créance, qui se le transmirent de génération en génération.

1. Cor., chap. XVI, vers. 66.

Pour écarter le Tak'lid (l'imitation), à la faveur duquel on faisait accepter sans discussion, des hadiths faussement attribués au Prophète, on s'attacha à faire remonter cette chaîne de rapporteurs (isnad) jusqu'au groupe des compagnons, les Sahaba.

À la suite de ce procédé d'authenticité, on put établir plusieurs recueils de la Sounnat et rendre écrite une Tradition qui jusqu'alors était orale.

Il existe six recueils de la Sounnat. Les deux plus anciens sont les plus réputés et leur autorité est absolue pour la communauté musulmane, ce sont

1^o Jamià-el-Sahih, le recueil vrai, œuvre de Hafidh el Boukhari, du village de Djaf en Boukharie, mort en 256 de l'hégire ;

2^o Sahih-el-Mouslim, le recueil de Mouslim, originaire de Jourgage en Perse et mort en 261 de l'hégire.

Le premier de ces deux recueils contient 7.275 Hadiths quoique son auteur déclare en avoir entendu plus de 6.000 et le second en renferme à peu près le même nombre. C'est dire l'importance de ces deux compilations, et l'abondance de matière à pétrir, offerte aux docteurs de l'Islam, due essentiellement à ce que le hadith a façonné dans son moule tous les préceptes de morale, toutes les dispositions législatives du Coran, et nombre de règles de l'Ancien et du Nouveau Testament.

Car, tel est bien le caractère fondamental et original de l'Islam, d'être une religion continuant d'autres religions, d'avoir un Prophète dont la mission essentielle est de rénover l'œuvre de Moïse et de Jésus (1).

Mais quelques vastes qu'ils soient, les recueils ne peuvent se poser comme complets, le Hadith étant par essence une formule, un cadre islamique prêt à recevoir toutes les innovations rentrant dans la ligne générale du Coran. C'est ainsi que l'a entendu le Prophète, qui appelle et légitime d'avance toutes les constructions, toutes les hardiesses des juristes dans son hadith suivant :

« Après ma mort, les paroles attribuées à moi se multiplieront, de même que l'on a attribué en grand nombre aux prophètes antérieurs, des paroles qui en réalité ne venaient pas d'eux. Ce que l'on publie comme ayant été dit par moi, vous devez le comparer avec le livre de Dieu : ce qui est d'accord avec lui est de moi, que je l'aie réellement dit ou non. »

Et si la Sounnat dans tous ses hadiths reste dans

1. Pour ne citer que les versets les plus connus :

« Dieu a établi pour vous la religion qu'il avait enseignée à Noé, c'est celle que nous t'avons révélée et que nous avions enseignée à Abraham, à Moïse et à Jésus afin que vous la suiviez et ne vous divisiez pas en sectes » (Cor., ch. 42, v. 11).

« Dis : ô peuples des Ecritures, venez entendre un seul mot qui mettra l'accord entre vous et nous, nous n'adorons que Dieu, nous ne lui associons aucun être, nous ne nous prenons pas les uns les autres pour maîtres à côté de Dieu » (Cor., ch. 3, v. 57).

l'esprit du Coran, les hommes de chaque époque doivent à leur tour s'appliquer non seulement à expliquer et à développer les hadiths mais à faire effort personnel, à construire en innovant au besoin.

« Toute bonne parole qui est dite, déclare en ce sens le Prophète, je l'ai dite moi-même ».

Ce hadith du Prophète, gros de virtualités est un blanc-seing accordé en toute confiance aux savants qualifiés à qui il appartiendra désormais, de juger toujours et partout, des questions qui se posent devant l'Islam, et de s'appliquer à les trancher au mieux de l'intérêt de toute la communauté.

Car « les savants sont les successeurs du Prophète » proclame le fondateur de l'Islam et « au jour du Jugement, ajoute-t-il, le sang des martyrs et l'encre des savants seront pesés, et l'un n'aura pas la préférence sur l'autre ».

En résumé, le Coran et la Tradition du Prophète qui l'explique et le complète constituent les deux bases mères « sources des sources » (Aslou-l-asl) de la législation musulmane « don précieux du ciel » selon la formule consacrée, fondations d'un édifice solide et complet certes ! mais nécessitant naturellement, des travaux d'entretien continus et des améliorations appelées à durer « jusqu'à la fin des siècles ».

CHAPITRE II

CARACTÈRES DU CHARAA

Nous venons de voir dans le chapitre précédent que le droit musulman a son fondement premier dans la révélation explicite ou implicite.

Mais il faut se garder de croire que la loi musulmane se présente comme quelque chose d'immuable et de rigide.

Elle puise ses considérants dans les nécessités pratiques de la vie en société et ce qu'elle poursuit avant tout, c'est une fin utilitaire et religieuse : rendre l'homme meilleur en lui assurant non seulement le bonheur dans ce bas monde, mais la félicité dans l'autre. Elle se distingue donc de la loi antique qui est l'expression fidèle, sans plus, de la volonté des dieux, et de la loi romaine foncièrement formaliste avec des mots possédant une vertu propre (1) « en ce qu'elle est tenue de donner ses raisons » et en

1. Galus rapporte le fait patent d'un homme qui a coupé les vignes de son voisin et qui a perdu son procès parce qu'en prononçant la loi qui dit « arbres » il a articulé « vignes ».

ce qu'elle ne vaut que par le principe supérieur qui est en elle.

a) Un des caractères les plus importants de la loi musulmane est qu'elle est générale : elle n'est pas de droit civil, jus civile ; elle régit au même titre toutes les nations musulmanes, le patron et l'esclave, l'étranger et le musulman (1).

L'Islam a donc ignoré le *prætor peregrinus* et le polémarque, commis à Rome et à Athènes pour juger les étrangers. L'étranger en terre d'Islam a toujours droit à la justice de la cité et « l'oppression des non-musulmans placés sous la protection islamique (ahl el dhimmat) est jugée par les croyants une transgression coupable (2). »

b) Un droit nouveau naît à Rome et à Athènes comme suite aux révolutions survenues dans ces pays. Les lois qui jusque-là ont paru excellentes et justes, disparaissent peu à peu, pour faire place à des lois plus conformes avec chaque nouvel état social.

Mais la société musulmane ignore ces bouleversements sociaux ; aussi l'évolution de son droit ne perd-elle jamais de vue le point de départ quelles que soient les difficultés et les obstacles rencontrés en route.

1. Cf. Goldziher, *Le dogme et la loi de l'Islam*, p. 30.

2. Cf. Goldziher, p. 30. « Quiconque opprime un protégé dit un hadith du Prophète, et lui impose de trop lourdes charges, je me dresserai moi-même comme son accusateur, au jour du jugement. »

Et quand l'Empire Musulman s'étend au loin comme une trainée de poudre, grandement favorisé par l'état de faiblesse où se trouvaient alors les empires de Byzance et de Perse, la loi musulmane s'empresse d'imprégner de son esprit un grand nombre de règles et de coutumes des pays conquis, assimilation très curieuse qui rend compte de la merveilleuse faculté d'adaptation de l'Islam, dès l'origine.

Ce travail qui a d'abord emprunté la forme du hadith se trouve un peu retardé par l'indifférence de quelques Khalifes oméyades pour les choses de la justice.

Ce n'est que sous le règne des Kalifes Abbassides(1) que l'on voit réagir les hommes de loi qui se mettent au travail, à l'ombre des mosquées, pour doter le monde musulman enrichi par ces éléments étrangers, multiples et divers, d'un corps de lois orthodoxes et dont l'attache avec le Coran et la Sounnat et à défaut avec leur esprit, soit dûment établie. Ce travail d'interprétation et d'élaboration qui commence dans l'Islam dès le berceau se continue et s'amplifie sous le règne des Khalifes Abbassides El Mausour, El Mahdi, Hadi et Haroun, pour se pro-

1. La dynastie des Abbassides qui succéda aux Oméyades eut le Khalifat entre ses mains depuis l'année 750 J.-C. jusqu'à la destruction de l'empire arabe par le tartare Iloulagou en 1258 J.-C.

longer en un grand écho dont le son diminue insensiblement, le long des siècles qui suivront.

L'histoire de l'évolution du droit musulman et de son élaboration, est donc en même temps, l'histoire de l'interprétation du Charaà, pour en faire surgir les lois devant assurer le bonheur spirituel, moral et matériel des Musulmans. Ce travail n'imposera aucune gêne et ne créera aucune limitation tracassière, car l'Éternel a dit dans son Livre Sacré :

« Dieu dans sa religion ne vous a imposé rien de difficile » (1). Ainsi le droit musulman, fruit d'une longue élaboration continue, répudie tout caractère définitif d'une loi cristallisée.

c) Le Charaà est pour le Musulman un effet de la bonté divine ; ses dispositions civiles et religieuses, autant de facilités qui assurent son bonheur et son salut ; car dans l'Islamisme, il ne peut y avoir qu'une seule et unique vérité, la vérité religieuse assurant le salut de l'homme dans ses rapports avec son créateur et son bonheur ici-bas, dans son commerce avec les membres de la société.

Vérité et Charaà sont donc « l'une à l'autre comme l'ombre est attachée à l'individu qui marche à la lumière du soleil, » (2) la loi musulmane étant un beau synonyme de la Vérité.

1. Cor., ch. XXII, v. 77.

2. Cf. El Charani *Balance de la loi musulmane*, trad. Dr Perron p. 11 (texte arabe, p. III).

CHAPITRE III

LA SCIENCE DU FIKH ET LES FOUK'AHAS

Le Fikh s'entend de l'ensemble des lois déduites du Charaà par voie d'interprétation, ce travail étant l'œuvre des Fouk'ahas (savants jurisconsultes) qui se sont imposés à leurs contemporains, comme tels, par leur grand savoir et l'importance de la tâche accomplie.

Au premier rang de ces Fouk'ahas se placent les docteurs imams, les chefs de rite. Au nombre de quatre ils sont considérés comme les successeurs directs de Prophète Mohammed, ceux qui ont continué son travail d'élaboration. Leurs rites développent les hadiths comme la Sounnat explique et complète le Coran.

« Si vous vous apercevez que notre parole s'éloigne du sens apparent du Coran et de la Sounnat conduisez-vous selon le Coran et la Sounnat, et jetez au pied du mur notre parole (1). »

1. El Charani, *loc cit.*, p. 10.

C'est la pensée résumée de ces grands jurisconsultes qui signifie, d'une façon plus précise, tout d'abord que la source unique du Fikh doit-être le Charaà et que c'est toujours à lui ou à son esprit général que l'on doit revenir, quand les dispositions des rites s'avèrent incompatibles avec les nécessités sociales ; ensuite et surtout que le même Charaà doit inspirer la solution de tout ce qui n'étant pas tranché explicitement par lui doit rester à la libre appréciation de la Communauté Musulmane.

Ces modifications du Fikh qui doivent se succéder d'après un grand nombre de fouk'aha périodiquement, c'est-à-dire au fur et à mesure des changements sociaux et l'apparition de nouveaux besoins, s'expliquent. Quand Dieu, disent-ils, dans sa grande sagesse veut que ses fidèles abandonnent les anciennes prescriptions pour se soumettre à de nouvelles dispositions « il montre aux grands ulémas qu'ils ont à apprécier des données autres que celles qu'ils avaient acceptées. Et ils s'empressent d'agir et de pratiquer selon les nouveaux principes par eux adoptés ». Il en sera toujours ainsi déclare Charani « jusqu'au perfectionnement final des rites, jusqu'à la fin des siècles » (1).

En effet, toute société évolue en se modifiant continuellement et chaque période de son existence,

1. El Charani, *loc. cit.*, p. 87.

appelle une législation adéquate. Aussi le but que se proposent les Fouk'aha, les chefs de rite comme les autres, c'est d'assurer le salut et le bonheur moral et matériel du croyant, en lui rendant à toute époque « jusqu'à la fin du monde » la vie facile et aussi agréable qu'il se peut.

Tel est bien l'objet premier de la science du Fikh qui trouve son fondement dans le Charaà.

« Dieu désire vous rendre les choses faciles et non difficiles » (1). « Dieu dans sa religion ne nous a imposé rien de difficile » (2) est-il dit dans le Coran (3).

Plusieurs hadiths viennent renforcer cette idée et nombre de fouk'ahas des premiers siècles et non des moindres, s'accordent à reconnaître à la loi musulmane, ce caractère de très large libéralisme qui doit toujours triompher dans l'application, c'est-à-dire dans la science du Fikh.

Pour remplir ce but, but sacré puisqu'il puise son fondement dans le Charaà, d'aucuns sont allés jusqu'à soutenir à propos de cas douteux ou nouveaux

1. Cor., ch. 2, v. 181.

2. Cor., ch. 22, v. 77.

3. C'est un peu le rôle assigné par Aristote à l'Etat, « association d'êtres égaux recherchant en commun une existence heureuse et facile ». L'idée de l'égalité est exprimée par le Coran en ces termes :

« Le blanc n'est pas au-dessus du noir, le noir n'est pas au-dessus du jaune, les hommes sont tous égaux devant leur créateur. »

que le caractère licite doit l'emporter sur le caractère interdit, et que devant les impérieuses lois des besoins sociaux, les textes les plus formels doivent s'accommoder de l'exégèse la plus libérale, tout texte impératif ne comportant pas nécessairement une sanction, et pouvant simplement exprimer ce qu'il est désirable de faire pour accomplir un acte méritoire.

D'autres, plus circonspects, préfèrent obéir à la lettre des paroles du Charaà quand elles sont explicites. Leur méthode beaucoup plus juridique met au premier rang l'argument du texte et ne fait intervenir le raisonnement qu'en cas d'absence ou d'obscurité des dispositions positives. C'est notamment la méthode des chefs de rite, Abou Hanifat, Chafei, Malek et Hambeli ; « Réunissant sous une rubrique générale, les décisions jusqu'alors entassées pêle-mêle dans les vastes recueils des traditionnistes les admettant ou les rejetant, suivant qu'elles leur semblaient conformes ou contraires à leur doctrine particulière, ils n'ont eu d'autre préoccupation que d'assurer la stricte orthodoxie de leur enseignement » (1).

Tous les quatre ont travaillé avec un zèle égal à la construction de l'édifice législatif musulman.

Une place à part doit être faite cependant à l'Imam Abou Hanifat No'amane ihn Thabit, sur-

1. Zeys, *Théorie du droit musulman*, pp. ix-æ.

nommé le Grand Iman (Aàdham), fondateur du rite hanafite né à Koufat en l'an 80 de l'Hégire et mort en prison à l'âge de soixante-dix ans.

C'est Abou Hanifat qui sauve le Charaà arrêté dans son expansion par l'incurie de quelques khalifes Omyéades en matière de justice, en réorganisant complètement la législation sur la base des principes premiers posés par le Coran, développés et complétés par la Sounnat.

C'est à lui et à ses élèves et disciples qu'est dû le premier et le plus important *corpus juris* musulman (Koutoub es Sitta) « les six livres » établi grâce à une interprétation intelligente et libérale du Charaà et à un appel fréquent aux arguments de la raison et à la force démonstrative de la logique pour rendre plus convaincantes les preuves révélées.

Ce corpus comprend les leçons professées par le maître, l'ensemble des fetouas ou avis doctrinaux donnés à ceux qui venaient le consulter de toutes parts, et un grand nombre de notes de ses élèves.

Ce corpus s'imposera au monde musulman par la seule autorité du savant Imam qui « Prêteur de Bagdad » sans l'être, travaille loin du siècle dépourvu de toute investiture officielle, et privé de la protection des Khalifes.

A côté du magnifique travail dogmatique du grand philosophe El Ach'ari (1), il constituera au point de

1. Abou-l-Hassan al Achari mort en 933 J.-C. C'est lui qui

vue juridique la plus belle réponse de l'orthodoxie musulmane aux dissidents moutazélites qui, groupés autour de Djoubai continuateur de Ouassil ibn Atta, tentent pendant longtemps de construire l'édifice législatif musulman sur la base d'un Charaà complété et éclairé par les principes de la morale grecque.

Tout puissants sous les Oméyades et plusieurs fois à la tête du gouvernement sous les Abbassides, ils ont toujours été incapables de mettre debout quelque chose de positif.

Ils ont le mérite, cependant, d'avoir aéré l'atmosphère de leur époque en y faisant entrer deux éléments également précieux pour toute connaissance : la raison et le doute philosophique (1).

L'Islam a eu la bonne fortune d'opposer à leur action destructive, en la personne de l'Imam Abou Hanifat, et de ses élèves et disciples, des jurisconsultes de grand talent qui ont su utiliser pour établir les « Koutoub-es-Sitta » d'une méthode faisant largement appel au doute (quant à l'authenticité des sources) et au « sixième sens » des Mou'tazelites : le Ak'l, la raison.

Quant aux deux Imam Chaféi et Hambéli, quoique différant à plusieurs égards du maître et tous deux

fonde l'unité du dogme musulman, en occupant une position intermédiaire entre les montazélites et les traditionnistes orthodoxes. Cf. *Les penseurs de l'Islam* par le Baron Carra de Vaux.

1. Cf. Ibn Tofail : *Hay ibn Yakdan*, par M. Gauthier, p. 13.

chefs de rite, on les rattache quelquefois, à la faveur d'une généralisation abusive, à l'école du Irak. En effet Chafei né en 150 le jour même, croit-on, de la mort d'Abou Hanifat et mort en 204 en Egypte, est un élève de l'Imam Abou Mohammed élève et disciple très estimé du maître. Quant à Hambeli, le plus rigide des quatre Imams, né en 164 et mort en 241 de l'Hégire il fit une bonne partie de ses études sous la direction d'Abou Youssef disciple et principal collaborateur d'Abou Hanifat dans la rédaction de son Code Universel. Cependant si tous les trois, connaissant l'Irak et ses coutumes ont pu subir quelque peu des influences étrangères, il est hors de doute que la méthode législative d'Abou Hanifat est plus rationnelle, son rite plus libéral. A ce point de vue, Chafei et surtout Hambeli seraient plutôt docteurs de l'Ecole de Médine, car comme Malek-ibn-Inas, ils ont tendance à écarter le a'kl pour s'en tenir à la stricte interprétation du Charaà et de la Coutume de Médine, la ville du Prophète et de ses hadiths.

Malek ibn Inas, né à Médine en l'an 91 de l'Hégire et mort en 179 enseigna avec éclat dans la Ville Sainte et y composa son Mouwatta, expression fidèle de la coutume de son pays et premier recueil de traditions juridiques consignées par écrit, car jusque-là on se bornait à se transmettre verbalement les hadiths du Prophète.

Tels sont les fouk'ahas musulmans jouissant de l'autorité du premier degré. On leur reconnaît par cette qualité le grand pouvoir d'analyser les Bases du droit (Oussoul et Fik'h) et d'approfondir les raisons fondamentales sur lesquelles elles s'appuient pour en tirer la méthode législative qui constitue un rite.

Abou Hanifat, Malek, Chafei et Hambéli sont donc après Dieu et le Prophète, les plus grands législateurs du Monde Musulman. Leurs quatre rites sont considérés par la Communauté Musulmane comme également orthodoxes et les différences qu'on y remarque, concernant certains points secondaires relatifs au culte, à l'Administration publique et aux règles de la procédure judiciaire ne touchent en aucune façon le dogme. Il est permis à tout musulman de suivre les prescriptions du rite qu'il a choisi ; bien plus il est admis que l'on peut changer occasionnellement de rite et l'on ne s'en fait jamais faute quand par là on s'attire l'application de dispositions plus favorables.

A côté de ces jurisconsultes, de première autorité, on reconnaît le deuxième degré d'effort législatif aux disciples des fondateurs de rites, qui ont complété l'œuvre commencée par les maîtres.

C'est par exemple le disciple de Malek, le savant Ben el Kassim, mort en 91, qui tira de la Mouwatta, une Moudawana, comprenant un grand nombre de

décisions, des observations doctrinales provenant tant du maître que de son travail propre. Ben el Kassim eut à son tour des élèves qui continuèrent avec beaucoup de talent l'œuvre de leurs illustres devanciers.

On regarde aussi comme fouk'ahas de seconde autorité nombre de jurisconsultes de l'école d'Abou Hanifat dont les plus célèbres sont :

L'Imam Abou Youssef, mort en 182, à qui est attribuée à juste raison la rapide propagation de la doctrine hanafite dans le monde musulman.

Et l'Imam bou Mohammed ibn Hassan, mort en 189, cadi de la province du Irak.

A eux deux, leur autorité égale celle de l'Imam Aàdham. Il est même généralement admis que leur avis unanime sur une question tranchée différemment par leur chef de rite, l'emporte en autorité.

Il y eut aussi, affirme-t-on, des Imams de troisième catégorie, les « Asshab et takhrij » dont le rôle a été d'éclaircir les opinions de ceux qui les ont précédés. Les plus connus sont El Khark'y et Er-Razi.

Ensuite les « Asshab-et-tarjih » de quatrième degré d'autorité qui discutent les variantes et établissent celles qui doivent avoir la préférence. C'est paraît-il tout ce qu'il était permis de faire à un Abi el Hasan el Coudoury et à un Sahib el Hidayat.

D'échelon en échelon, on en arrive ainsi à un point

limite où tout travail juridique devient absolument impossible sinon interdit.

Il semble donc y avoir ainsi, à première vue, une hiérarchie d'autorités juridiques à plusieurs degrés en droit musulman, devant exclure l'idée d'une étude scientifique, remontant aux sources de la science du Fikh. C'est ce qui a été soutenu par quelques rares auteurs occidentaux et ce que soutient un grand nombre de Cheikhs de la Grande Mosquée de Tunis, de ceux dont l'autorité et l'influence ne dépassent pas les portes de ce vénérable bâtiment.

Certes ! cette hiérarchie se serait imposée fatalement à tout musulman, si ces degrés d'autorités, fruits d'une paresse intellectuelle qui augmente au fur et à mesure de la marche du temps, avaient été établis par le Charaà sacré.

Cela serait historiquement vrai, si des khalifes puissants avaient conféré officiellement et successivement cette qualité aux savants fouk'ahas de leurs époques.

Mais rien de tel n'a existé, le travail d'élaboration juridique s'étant souvent accompli en silence, ignoré si ce n'est combattu par les autorités temporelles ; et heureusement pour la Communauté musulmane, le Coran et la Sounnat ne contiennent pas pareille calamité.

A notre humble avis, rien n'est plus élastique que cette notion de hiérarchie en matière d'autorités

juridiques. C'est la communauté musulmane qui par son suffrage unanime consacre par une réputation légitime le travail de tel ou tel jurisconsulte. Tant qu'il y a eu des fouk'ahas préoccupés de perfectionner continuellement la science du fikh, en l'adaptant aux nécessités pratiques de chaque époque, l'opinion publique musulmane a donné l'investiture de grandes autorités juridiques à tous ceux parmi ces savants qui se sont signalés le plus à son attention, par le résultat de leurs efforts. C'est ainsi que l'on a successivement porté aux nues des ouvrages presque oubliés par la suite, ou ne conservant plus qu'un intérêt bibliographique.

Qui oserait parler aujourd'hui de « l'autorité unique », d'ouvrages comme *l'Otbya* de Mohammed ibn Ahmed el Otbi, *le Tefrià* ou *Djellabya* d'Obeyd Allah ibn el Djellab ou même du *Mokhtassar* d'Ibn el Hadjib quoique à un degré beaucoup moindre.

Seuls les grands ouvrages affrontent avec un éclat toujours pareil, la postérité, et leurs auteurs, tel un Khalil, ont toujours une bonne place parmi les plus hautes autorités.

L'opinion de la communauté musulmane restée à notre avis heureusement saine, il y a tout lieu de croire et d'espérer que celui-là qui, à force de talent et de grand savoir, pourra mettre sur pied une œuvre aussi solide que celle des savants jurisconsultes

disparus, sera à coup sûr Imam ayant un degré élevé d'autorité juridique.

C'est exactement ce qui s'est produit au début du ^{xx}^e siècle pour un éminent savant musulman le Cheikh Mohammed Abdou, Bach mufti d'Egypte et qui consacré « moudjtahid » (élaborateur) osa le premier depuis des siècles s'attaquer à l'exégèse du Coran pour en donner un tafsir (commentaire) faisant état des découvertes scientifiques de son temps, et ce, aux yeux émerveillés de toute la communauté musulmane.

En résumé, grâce aux quatre chefs de rite, grâce à leurs élèves et disciples et à l'effort conjugué des fouk'ahas des premiers siècles, l'Islam se raffermir de plus en plus; ses vérités révélées deviennent des articles de loi, et la science du Fikh prend naissance et se développe, à la faveur de la grande activité juridique déployée dans les temples, par tous ces savants fouk'ahas, fuyant les vains honneurs de ce monde, soutenus dans leur tâche, par une immense piété et un grand idéal de Vérité.

CHAPITRE IV

LES LOIS D'ÉVOLUTION DU FIKH

I. — L'idjmaà.

La pensée démocratique que la volonté du nombre peut faire naître la loi est tard venue dans l'histoire de l'Humanité. Il faut plusieurs révolutions pour en faire accepter l'idée dans l'antiquité, des siècles de luttes continuelles, pour lui donner droit de cité dans la plupart des Etats modernes. Le véritable législateur chez les anciens, c'est la religion, qui impose ses prescriptions tant que subsiste chez l'homme la croyance religieuse.

Le Charaà s'impose de même sans conteste à tout bon Musulman et le Coran lorsqu'il est explicite, la parole du prophète, lorsqu'elle est authentique, ont force de loi et dispensent de toute autre autorité. Pour le Musulman, obéir au Charaà c'est, selon le mot célèbre de Platon, « obéir aux Dieux » ; mais à la différence de la loi antique, de caractère immuable, le Charaà qui évolue sans briser ses cadres premiers, ne recherche pas l'obéissance passive et préfère le

raisonnement pour avoir prise plus forte sur les consciences.

L'origine révélée du droit musulman reste si puissante, cependant, qu'aussi bien lorsqu'il s'enrichit comme aux premiers temps d'apports étrangers, que lorsqu'il est admis que le consensus des croyants peut faire naître des lois, il est indispensable à chaque fois de consulter la religion et de requérir son consentement. Il ne s'agit pas ici, comme on serait porté à le croire, d'une soutane à la faveur de laquelle entre qui veut, et bien moins de prêtres ou d'oracles exprimant la parole des Dieux.

L'accord unanime de la communauté musulmane, l'idjmâa el Oumma, pour employer le mot consacré, est à l'origine un effort conscient pour déceler la vérité là où elle se trouve, et pour la faire entrer ensuite dans le sein de la religion, car la vérité une fois découverte, doit devenir partie intégrante de l'Islam.

Le rôle de ce « consensus ecclesiæ » au lendemain même de la mort du Prophète, est « non point de créer le droit ou le dogme mais de le constater, de fournir la preuve irréfragable des révélations juridiques et religieuses faites par le prophète au nom d'Allah. Le Coran renfermait plus d'un passage obscur prêtant à controverses, plus d'un texte pour lequel on pouvait se demander s'il convenait ou non de le ranger dans la liste des versets abrogés.

C'est à l'idjmaà qu'à incombé le rôle de clore ces discussions, de donner l'interprétation définitive du Livre Saint, celle qui met fin au doute » (1).

Ce but, il y arrive par la réunion en concile des compagnons du Prophète (Sahaba), des adeptes (tabiyye) c'est-à-dire ceux qui ont connu les compagnons, et par les hommes de la « troisième génération » les suivants (tabbi-ettabiyye), ceux qui ont connu les adeptes des compagnons.

Mais l'idjmaà est en outre un procédé législatif créant le droit et cela aussi dès la première heure. Les Khalifes Justes ont eu souvent recours à cette procédure pour modifier les dispositions du Charaà, s'avérant incompatibles avec les nécessités du temps (2).

Avec l'Iman Abou Hanifa 125 ans environ après la mort du prophète, sous le règne du Calife Abbasside El Mansour, ce procédé devient une pratique régulière scrupuleusement suivie. Ibn Abedine, savant jurisconsulte très apprécié, rapporte que le grand Chef de rites ne manquait jamais de convoquer des réunions générales composées de disciples et

1. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, p. 327.

2. Dieu recommandait de punir l'homme et la femme ayant pratiqué la fornication de cent coups de bâton et le prophète y avait ajouté l'exil. Sous le Khalife Omar un nommé Ibn Sair exilé après avoir reçu les cents coups abjura l'islamisme. Le Khalife Omar l'ayant su convoqua un concile et supprima la peine de l'exil « dangereuse pour l'expansion de la nouvelle religion ».

d'ulémàs toutes les fois qu'il était en face d'une question difficile à résoudre dont il ne trouvait pas la raison dans le Coran ou dans un hadith authentique. Il s'empressait alors de les consulter et son opinion n'était enregistrée par son disciple Abou Youssef que lorsque l'assemblée l'approuvait. C'est de la sorte, en faisant appel à l'accord unanime des ulémas toutes les fois que le Charaà lui faisait défaut, que l'iman Abou Hanifa fixa son rite.

L'idjmaà s'affirme ainsi comme une source dont l'autorité vient immédiatement après les deux sources mères, le Coran et la tradition du Prophète, qu'il sert à élucider et à compléter.

Et l'on ne peut imaginer que cette source puisse s'épuiser avant « le perfectionnement final des rites », avant la fin du monde, et tant que vivra la religion musulmane. Quelques-uns ont, cependant, prétendu le contraire en définissant l'idjmaà « la jurisprudence résultant des décisions prises dans les réunions ou consultations juridiques des trois premières générations musulmanes (1) », la génération des compagnons, celle des adeptes et celle des suivants. Après ces trois générations, plus d'idjmaà possible, car le Prophète a dit : « le plus heureux des siècles, est mon siècle, c'est-à-dire, celui des hommes au milieu desquels je vis, après ce siècle vient celui qui

1. Cf. Sawas Pacha, *Le Tribunal musulman*, p. 4.

suit, après celui-là vient celui qui succède ; après il n'y a point d'heur ». On remarquera aisément combien il est osé d'interpréter le mot « il n'y a point d'heur » par l'arrêt total du travail juridique affirmé à maintes reprises par le Prophète lui-même comme nécessaire et indispensable aux nations musulmanes (1).

« Que faudra-t-il faire, demande-t-on au Prophète, s'il se présente une question pour laquelle il n'existe de solution ni dans le Coran, ni dans la Sounnat. Il aurait répondu : « Adressez-vous aux gens pieux et priez-les de délibérer » (2). Cette recommandation ne peut être circonscrite aux trois premières générations de l'Islam. Admettre cette limitation, c'est aller contre l'esprit de la loi musulmane, c'est vouloir, arbitrairement, arrêter une évolution qui doit se poursuivre jusqu'au jour du Jugement Dernier.

L'idjmaà subsistera tant que durera la foi dans le cœur des croyants, proclament nombre de foukahas. Il est selon le mot de l'Imam Chaféï un des trois « principes de la religion et de la loi » (3) que doit suivre tout musulman à la foi parfaite s'il veut res-

1. Pour notre part nous nous rallions à l'opinion de ceux qui soutiennent que ce mot du Prophète, puissante vision d'un fait historique inéluctable, signifie qu'après la troisième génération s'ouvrira pour l'Empire Arabe l'ère des discordes et de la désagrégation politique.

2. Cf. Snouck Hurgronje, *Le droit musulman*, p. 18.

3. El Charani, *loc. cit.*, p. 75. Ces trois principes sont : le Coran, la Sounnat et l'idjmaà.

ter dans la voie de Dieu, car « Celui qui se sépare de l'envoyé de Dieu après avoir connu clairement la bonne direction et suit un autre chemin que celui des croyants, nous nous détournerons de lui, est-il dit dans le Coran, comme il s'est détourné, nous en chaufferons l'enfer, mauvais but de voyage » (1).

Quand les croyants prennent un chemin, c'est là l'indication la plus sûre que la vérité est au bout. Ceux qui veulent rester dans la direction de Dieu doivent s'y engager, ils ne s'égareront pas, car « la communauté du Prophète ne s'accordera jamais sur une erreur », dit un hadith des plus connus. On voit affirmer ainsi par Dieu et son Prophète un principe qui aidera puissamment l'Islam dans son évolution dogmatique et juridique.

L'Idjmaà est d'autant plus gros de conséquences pour le Charaà qu'il ne comporte pas de procédure compliquée. Il n'est pas nécessairement le résultat des conciles et des synodes et peut s'induire d'une absence de protestation de la part des ulémas s'inclinant devant l'opinion unanime des croyants (2). Il est alors, selon la remarquable expression de M. Goldziher, une « *vox populi* presque inconsciente qui dans sa collectivité est censée ne pas pouvoir se tromper » (3).

1. Cor., chap. IV, vers. 115.

2. Cf. Snouck Hurgronje, *loc. cit.*, p. 17 et s.

3. Cf. Goldziher, *loc. cit.*, p. 45.

Cette formation du droit par Idjmaà est très curieuse. Des règles de la vie courante peuvent ainsi se transformer en normes juridiques, sans qu'il soit besoin d'une intervention quelconque de la Religion ou de l'Etat. Elle puise son fondement dans le Charaà, mais, il faut l'avouer, le lien qui les relie est bien lâche. On pourrait soutenir qu'inspirée par Dieu, la communauté musulmane devient infaillible dans sa collectivité. Dieu serait alors l'unique législateur des Musulmans, disant le droit après en avoir posé les fondements dans le Coran, soit par les hadiths du Prophète, soit par l'idjmaà des croyants. Mais cette opinion n'a été exposée nulle part à notre connaissance, et il nous faut reconnaître que pour un grand nombre d'auteurs l'idjmaà c'est la naissance *sui generis* dans la conscience des Musulmans, de règles de droit venues pour éclairer et préciser le Charaà.

M. Duguit a soutenu dans ses ouvrages une théorie offrant quelques points de ressemblance avec celle de l'idjmaà. Pour l'éminent savant « le droit se forme spontanément dans l'esprit des hommes » (1). Il n'est pas une création de l'Etat comme l'enseigne l'école allemande avec Hegel et Ihering ; il faut affirmer, au contraire, comme postulat « l'existence d'un droit antérieur et supérieur à lui ».

1. Cf. Duguit, *Traité de droit Constitutionnel*, t. 1, pp. 26 et s., pp. 36-38.

Mais la norme juridique se passe de tout dogme pour M. Duguit ; elle se suffit à elle-même, car elle n'est pas « la condition du maintien de la vie sociale » pour un groupe social considéré, tandis que dans la théorie musulmane, l'idjmaà s'inspire d'un idéal de droit supérieur en créant des dispositions toujours conformes à l'esprit du Charaà.

Tel qu'il est, sous ses divers aspects, l'idjmaà a eu une grande influence sur l'évolution juridique du Charaà. Il a contribué durant les trois premières générations à fixer d'une façon définitive l'assiette du droit musulman, en mettant fin aux controverses et aux interprétations fantaisistes. Avec les Khalifes Justes et des juristes comme Abou Hanifa, il a été un instrument de création du droit souple et vivant.

Mais sous sa forme absolue et quelque peu anarchique, celle qui laisse toute liberté à la masse des croyants, il s'est révélé en s'identifiant avec le travail de la coutume, naturellement incapable d'empêcher l'introduction de dispositions d'une orthodoxie plus que douteuse. Aussi, a-t-il paru nécessaire de le restreindre et de le discipliner en confiant son manie-ment aux hommes de loi plus à même d'en faire le meilleur usage. Selon cette théorie que nous faisons nôtre, l'idjmaà s'entendrait de l'accord des savants jurisconsultes reconnus comme tels à une certaine époque par la communauté musulmane. Cet accord -t-il besoin d'être unanime ? Nous ne le pensons pas,

nous appuyant en cela sur un hadith des plus authentiques pour lequel « la diversité d'opinions dans la communauté musulmane est un effet de la divine miséricorde ».

Ainsi défini et du jour où tombera le dernier carré de résistance de quelques pseudo-foukhas, l'idjmaà, pièce capitale du droit musulman, reprendra sa mission historique qui est de faire évoluer le Charaà en enrichissant progressivement le Fikh de dispositions orthodoxes plus en harmonie avec les besoins vitaux des nations musulmanes.

II. — Le Rai et l'Idjtihad.

L'origine révélée de l'Islam explique et éclaire son évolution mais elle ne rend pas entièrement compte de son développement légal. Le travail qui s'est accompli sur le Charâa n'a pas été une exégèse limitant son champ d'action au seul domaine des textes sacrés ; il a été une œuvre d'interprétation selon une méthode rationnelle qui fait souvent appel au rai, à l'esprit de logique pour élaborer un corps de règles morales et juridiques. Le rai a été dès les premiers jours le bon sens indispensable, une saine discipline de l'esprit non tenue d'admettre toute impossibilité juridique. Il s'est affirmé au moins dans le passé comme l'instrument par excellence grâce auquel l'Islam libre de toutes attaches a pu se dé-

gager et évoluer librement. Mais la raison seule ne suffit pas pour maintenir les hommes dans le droit chemin, il leur faut la voix divine qui leur est révélée par le charâa.

Abou Hanifa ne dédaignait pas l'usage du rai quand les textes étaient incomplets ou qu'ils lui faisaient défaut. Quand ils étaient plusieurs ou obscurs la raison lui permettait d'examiner le sens et les preuves de ces textes afin de découvrir ce qui émane de Dieu, de son prophète ou de l'esprit de leur charaâ sacré.

Ibn Khaldoun désignait sous le nom significatif d'ahl er-rai (1) les gens du rai, les docteurs de l'Irak parce que disait-il, ils faisaient couramment appel à la logique et au raisonnement pour trancher les questions qui leur étaient soumises.

Les moutazélites et les Kadarites c'est-à-dire les partisans du libre arbitre, ceux qui reconnaissent à l'homme un pouvoir « kadar » sur ses actions le mettaient au premier rang des facteurs de la connaissance et en faisaient largement emploi.

Enfin, le rai a sa place importante dans un procédé législatif orthodoxe employé par tous les foukahas quels qu'ils soient sous le nom de kias ou analogie légale. Rai et kias ont fini même par se confondre et par être employés l'un à la place de

1. Ibn Khaldoun, *loc. cit.*, t. III, p. 3.

l'autre tant les frontières les séparant paraissaient indécises.

Le kias que Snouck-Hurgronje définit la « logique humaine en tant qu'on l'admet à la discussion de l'évolution juridique » (1) est d'une façon plus précise la méthode qui consiste à établir grâce au bon sens de l'uléma et à son raisonnement une analogie fondée en droit entre une question déjà résolue et le cas proposé.

Des abus manifestes (2) se sont produits qui ont rendu suspecte aux yeux des foukahas de l'Ecole conservatrice l'utilisation fréquente de cette méthode. C'est la raison pour laquelle beaucoup se demandent s'il est permis aux juristes actuels d'utiliser le rai et le kias pour résoudre les problèmes qui se posent devant eux.

L'affirmative pour nous ne fait l'ombre d'aucun doute. Nous n'entendons nullement réhabiliter par là l'esprit de subtile casuistique qui a quelquefois

1. Snouck Hurgronje, *loc. cit.*, p. 33.

2. « On rapporte sur le compte d'un savant Cadi de Cordoue, qui pendant tout un demi siècle put jouir dans la capitale du khalifat Omayyade de la plus haute autorité juridique, un fait qui, à cet égard est bien caractéristique. Ce savant élève de Sahnoun, Açbagh ben Khalil suivait avec un respect fanatique, le ray des autorités du Malekisme et ne voulait point entendre parler d'autre chose. Il repoussait expressément les traditions, invectivait les compagnons du Prophète et affichait son dédain pour les traditions : « J'aimerais mieux, disait-il avoir dans mon coffre la tête d'un cochon que le Mousnad d'Ibn Abi Cheiba ». Goldziher, *Introd. au livre de Mohammed Ibn Toumert*, p. 27.

dominé chez les docteurs de l'Irak ou de Koufa, ni excuser l'esprit de quelques théologiens actuels, fertile en expédients et en fictions qui n'ont rien de juridique.

Le rai pour nous c'est le bon sens (al-akl-es-Salim) et plus que cela une saine activité de l'intelligence, un effort de l'esprit s'exerçant sur la loi religieuse pour en dégager les applications nécessaires à la vie en société des croyants, en vue de leur faciliter la vie dans ce monde et d'assurer leur salut dans l'autre.

Ce mode d'utilisation des sources, cet effort de l'intelligence pour assurer le bonheur des croyants dans le libre développement du droit musulman, cette application de l'esprit humain pour établir des analogies légales entre les cas solutionnés et ceux à trancher, pareille méthode enfin devait-elle être bannie comme pouvant prêter à des interprétations fantaisistes, ou au contraire devait-elle être considérée comme un des meilleurs facteurs d'évolution du charâa ?

Nous avons insisté à plusieurs reprises sur les caractères principaux du droit musulman pour ne pas écarter *a priori*, sans risque de nous tromper, comme contraire à l'esprit du charâa toute doctrine impliquant des limitations ou un arrêt du travail de l'esprit humain. Le prophète qui faisait lui même de l'idjtihad en élaborateur législatif, et qui recom-

mandait d'apprendre « la moitié de la religion musulmane » à l'école de sa femme Aïcha avait demandé à Moadh Ibn Djebel envoyé comme gouverneur au Yemen : « Comment jugeras-tu les différends qui seront portés devant toi ? » — « En appliquant la parole de Dieu ». — « Et si tu n'y trouves pas de dispositions applicables aux cas qu'on te soumettra » — « J'aurai recours à la conduite du prophète ». « Et si cela ne te suffit pas ». « Alors répondit Moadh je ferai de l'effort législatif, de l'idjtihad ». Cette réponse remplit d'aise le prophète qui félicita Moadh de sa sagacité et remercia Dieu d'avoir suscité des hommes capables de servir avec autant d'intelligence les intérêts de la vraie religion. Ainsi, depuis Moadh et tant qu'il y eut des hommes capables de servir avec intelligence le charaâ, le rai fut maître, l'effort législatif souverain. Ils rendirent la vie humaine facile et non difficile à propos de toutes les questions nouvelles, ou se présentant sous un nouvel aspect.

L'idjtihad aboutit dans toutes les périodes de l'Islamisme « à enrichir la jurisprudence Islamique par la création de précédents, c'est-à-dire de dispositions légales applicables aux cas de même nature » (1). Cependant il est généralement admis par les Foukahas qu'à partir de la quatrième génération tout de suite après les quatre imams et la

1. S. Pacha, *Théorie du dr musulman*, t. II, p. 5.

génération des « suivants » la « porte de l'effort s'est trouvée fermée » (1). D'autres soutiennent que depuis la fin du ^{vi}e et du ^{vii}e siècles les jurisconsultes appartenant aux quatre écoles orthodoxes se sont mis d'accord pour cesser tout effort législatif. Enfin la croyance populaire va même jusqu'à attribuer cette formule au grand philosophe El Ghazali. Dès lors disent et les uns et les autres il n'y eut plus que des moukalledines, des imitateurs, incapables de tout effort législatif. Les ulémas de l'école conservatrice actuelle renchérissent sur ce thème et n'écoutant plus la parole de Dieu « Réfléchissez, pensez avec intensité ô hommes judicieux ». Ils se refusent à tout travail de l'intelligence pour se condamner eux-mêmes à la routine de l'instinct.

Rien n'est pourtant plus contraire à l'esprit du charaâ, rien n'est plus nuisible au développement nécessaire du Fikh que cette immobilité à laquelle on veut contraindre l'islam. L'intérêt social, le bonheur et le salut des croyants doivent en tous temps l'emporter d'évidence sur cette discipline mortelle pour prendre les dispositions législatives qu'appellent les réalités sociales toutes les fois que le charaâ et le fikh paraissent obscurs ou insuffisants.

Telle a été, nous semble-t-il, la doctrine des quatre chefs de rite formulée en ces termes par l'Imam Hambéli : « La carrière de l'Idjitihad ou de l'inter-

1. Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, t. III, pp. 8-9.

prétation sera ouverte aussi longtemps que durera l'Islamisme (1). » La porte de l'effort doit donc rester éternellement ouverte, pour tous ceux qui croient à l'éternité de la vraie religion et plus particulièrement pour ceux qui en font profession. Les Foukahas dignes de ce nom peuvent donc se livrer en toute quiétude à la science du droit. Bien plus, s'ils font fausse route ou se trompent, leur faute leur sera largement pardonnée car le prophète voulant dégager leur responsabilité tout en les incitant à l'effort législatif a dit : « Celui qui parvient par ses efforts à établir ce qui est légal et juste a du mérite comme dix, celui qui se trompe en a comme un » — « Les actions sont jugées d'après les intentions, dit encore le prophète et il en sera tenu à chaque homme dans la mesure de son intention (2). » Ce dernier hadith rend compte de la volonté formelle du prophète de voir ses successeurs, les foukahas, continuer son œuvre d'élaboration législative. Aux Ulémas que ces paroles du prophète n'aient pas convaincus, nous ajoutons que, lorsque le créateur a dit dans son coran : « Affrontez-moi avec vos intentions et non vos œuvres » il leur a ouvert

1. *Journal asiatique*, 1850, p. 187.

2. El Bokhari, trad. O. Houdas et W. Marçais, p. 1, note 1. « Les actions ne valent que par les intentions. » Ce hadith est considéré comme l'une des plus importantes traditions fondamentales de l'Islam. Il est inscrit en lettres d'or sur la porte des barbiers de la Mosquée d'El Azhar.

à deux battants la porte de l'Idjitiḥad en les assurant contre tous les risques d'erreur. Ceux qui s'obstinent après cela à ne pas abattre la barrière qu'ils ont élevée, contreviennent à la parole de Dieu et à celle de son prophète: ils montrent aux yeux de tous qu'ils sont dénués de savoir (1) ; leur « présomptueux autoritarisme » porte en lui la faillite du charaâ et la mort du fikḥ (2).

Autant de raisons majeures qui prouvent surabondamment que la raison et l'idjitiḥad ne sauraient tomber sous le coup d'aucune prescription.

D'ailleurs, qu'on veuille le reconnaître ou non, l'Idjitiḥad s'exerce tous les jours dans les pays musulmans. Comme M. Jourdain, les muftis et bachmuftis font de l'idjitiḥad sans le savoir. Cet effort s'exerce dans le domaine judiciaire par la délivrance de savantes consultations ou fetouas, plus simplement des avis juridiques rendus pour l'interprétation et l'application des prescriptions contenues dans le coran et dans la sounna, quelque chose d'analogue au *jus respondendi* de l'Empire

1. « Ceux-là seuls craignent Dieu, qui parmi ses adorateurs sont savants ». Cor., chap. XXXV, vers. 25.

2. « A un Arabe qui lui demande : A quand l'Heure ? (de la fin du monde), le Prophète répondit : « Lorsque toute sécurité aura disparu attends-toi à voir venir l'Heure. — Et comment se manifestera cette disparition, demanda l'Arabe. — Quand, répliqua le Prophète, l'autorité sera aux mains de ceux qui n'en seront pas dignes, attends-toi à voir venir l'Heure ».

Hadith cité par El Bokhari, trad. O. Houdas et M. Marçais.

Romain. Malheureusement ce travail souvent ingénieux ne fait pas avancer d'un seul pas la science du fikh, car il n'embrasse aucune synthèse d'ensemble.

L'effort législatif n'a jamais cessé et ne cessera jamais de s'exercer dans l'Islam tant qu'il y aura des foukahas versés dans l'étude de la théorie du droit (Oussoul).

Mais, dira-t-on, en supposant que l'idjtihad soit toujours permis, se peut-il qu'il y ait maintenant des hommes assez pieux et assez savants pour user utilement de l'effort législatif ? Se peut-il qu'il y ait des hommes assez versés dans les études théologiques et juridiques pour égaler le degré d'effort auquel sont arrivés les anciens maîtres, en qualifiant islamiquement les cas nouveaux qui se présenteraient devant eux ?

A ces objections nous répondons : Oui, avec l'Imam Chafei : « Oui, car Dieu est tout puissant » — Oui, « Car nous ne connaissons dans les textes qui font autorité ni même dans les textes de faible autorité aucune indication probante allant à nier la possibilité de ce fait (1). »

Il est certain que la plupart des pays musulmans sont à l'heure actuelle, selon la remarquable expression du philosophe El Ghazali (2), en état « de péché

1. El Charani, *loc. cit.*, p. 75.

2. El Ghazali mort en 1111 J.-C. fut un des philosophes les plus marquants de l'Islam. Après avoir enseigné avec éclat il

collectif d'ignorance » parce que ne possédant pas des « moudjtahédines, » des hommes capables d'effort législatif.

Il est certain aussi que l'étude de la théorie du droit a été négligée depuis si longtemps dans presque toutes les Mosquées que les Ulémas actuels sont loin de prétendre à la vaste science de leurs devanciers.

Mais faut-il pour cela désespérer de la bonté divine ?

Non certes, répondent les conservateurs les plus endurcis, car lorsque Dieu aperçoit les difficultés dans lesquelles se débattent ses fidèles, il suscite du sein même de leur société les réformateurs qui les ramènent dans le vrai chemin. Nous attendons confiants et résignés ceux qui seront envoyés pour nous sauver, qui seront les bienvenus.

Nous ne le pensons pas non plus, disent tous les Musulmans éclairés, car le moment arrivera et il n'est pas loin où le Musulman se rappellera que l'esprit des Lois de l'Islam ordonne à chacun de développer son intelligence et qu'il ne sert de rien de gémir et de supplier en vain quand Dieu a dit dans son Livre : « Dieu ne change l'état d'un peuple

se retira, jeune encore, pour mener la vie contemplative des mystiques (soufis) musulmans. Surnommé la preuve de l'Islam (hodjet el Islam), son autorité reste intacte jusqu'à nos jours. Voir pour détails *Les penseurs de l'Islam* par le baron Carra de Vaux (Paul Geuthner).

que quand les individus changent eux-mêmes (1). »

En attendant que changent les individus ou que soient remplies les conditions intellectuelles et économiques qui feront surgir les hommes Messies ce que ne peut faire l'effort personnel doit être et peut être l'œuvre de plusieurs.

Cet Idjtihad que l'on peut appeler collectif rencontre ainsi le principe du *consensus ecclesiae*, l'Idjmaa défini plus haut, en ce qu'il peut être le résultat du travail conjugué de tous les Ulémas reconnus des pays musulmans, en vue de revenir au véritable esprit de l'Islam, qui reconnaît à l'esprit humain le pouvoir d'adapter les textes sacrés à des formes de vie en perpétuel changement.

III. — La coutume.

Un des traits essentiels de l'Islamisme à ses débuts est la force avec laquelle il combat l'influence de tous préjugés et de tous usages sur l'esprit humain. Le Coran stigmatise du nom « d'ignorants et de bornés ceux qui suivent aveuglément les paroles des ancêtres, il nous montre que le fait de nous avoir précédé ne constitue ni une preuve de savoir ni une supériorité de l'esprit et de l'intelligence » (2). C'est

1. Cor., chap. 13, vers. 12.

« Dieu a dit que celui qui désire la récompense en ce monde, nous la lui donnerons en ce monde ». Cor., chap. 3, vers. 139.

2. Cheikh Mohamed Abdou, *Rissalat al Tawhid*, p. 108.

donc un esprit nouveau que l'Islam apporte avec lui et qu'il veut communiquer à toutes les coutumes de la période préislamique. A la place de certains usages barbares, il a su prescrire des règles plus humaines et plus équitables qui firent de l'ancien agrégat de tribus arabes en guerres continuelles les unes contre les autres, une Société policée, dotée d'une organisation administrative et judiciaire. Cette évolution ne se fit pas d'un seul coup et il fallut l'effort opiniâtre du prophète et de tous les grands savants des premiers siècles pour raffermir le nouvel état de choses tant en Arabie que dans les pays ralliés à l'idéal que leur offrait la nouvelle religion. Mais les anciennes coutumes résistaient toujours. Il fallut par un travail de longue patience les mettre au diapason de la loi musulmane en les islamisant petit à petit avant de leur donner place définitive dans la science du fikh. Concurrément à ce travail de doctrine c'est par le moyen de l'idjmaà que nombre de dispositions coutumières acquirent droit de cité dans la législation musulmane.

Que la coutume ait joué un rôle important dans la formation du droit musulman, c'est un fait que l'on ne saurait nier ; il est incontestable que cette influence réduite au début, acquit une importance d'autant plus grande que le déclin de la science du fikh s'accroissait dans les pays musulmans.

Des Juristes bien intentionnés, ou très habiles, sont

venus tourner plus d'une règle du charaà et donner ainsi une consécration quasi-officielle à l'orf ou coutume. Il suffit de voir, dit M. Morand « combien différent les contrats agricoles pratiqués au temps de Khalil et dont les Jurisconsultes nous donnent les règles, de ceux qui sont en usage aujourd'hui, quelles différences séparent par exemple la khamesat algérienne de la Mouzaraat du Précis ; et c'est là notamment ce qui explique que Derdir le commentateur de Khalil ait été amené à ranger l'orf ou coutume au nombre des sources fondamentales du droit (1). »

Mais, c'est dans les recueils d'avis doctrinaux et de cas juridiques ou « nawazils, » comparables à ce qu'était l'*interpretatio* ou les *responsa prudentium* dans la période la plus ancienne du droit romain, que l'on trouve les traces de ce travail de libre adaptation du fikh à des règles ou des institutions qui n'ont rien de musulman et dont la seule autorité tire son fondement de la coutume.

Nous trouvons dans le recueil d'Ahmed El Wanscharisi mort en l'an 914 de l'Hégire (1508) et dont M. E. Amar nous a donné une remarquable traduction, plus d'un passage caractéristique, plus d'une explication allant à l'encontre de la lettre ou de l'es-

1. Cf. M. Morand, *Introd. à l'étude du dr. musulmann algérien*, p. 84.

prit du Charaâ. Les juges en l'absence de tout travail de doctrine ne pouvant sanctionner les rapports juridiques nouveaux en se basant sur une loi écrite rendue tabou, se virent dans la nécessité d'admettre la première « issue légale » pour légitimer l'emploi de la coutume comme source du droit.

« Lorsqu'un usage s'établit parmi le peuple dit un moufti consulté sur un cas d'espèce, et remonte loin dans sa coutume (orf) il convient de lui chercher une issue légale, autant que faire se peut, en l'appuyant sur un désaccord ou sur une unanimité attendu qu'il n'est pas indispensable que la pratique se rattache à une doctrine déterminée, à une opinion très répandue (1). » Et ainsi la coutume impose ses lois et les juristes musulmans qui se refusent à tout effort législatif, acceptent cette domination et la soutiennent par leur incurie.

C'est là un signe de décadence manifeste qui révèle une autre face de cet angoissant problème. Des coutumes que l'on croyait terrassées à jamais se redressent d'abord timidement, puis au fur et à mesure que le déclin s'accroît, elles revivent tout à fait, à peine déguisées sous l'habillement islamique. L'étude attentive de la plupart des Institutions musulmanes révèle ce processus très curieux. L'institution créée par le charaâ et gouvernée par des

1. El Wauscharisi : *La pierre de touche des Fetwas*, trad. E. Amar., t. II, p. 303.

règles orthodoxes, évolue en s'éloignant de son but et en prenant souvent sa physionomie antérieure à l'Islamisme. Quelques exemples sont nécessaires pour bien faire saisir le phénomène.

Premier exemple. — Dans la période antéislamique la répudiation n'avait aucune règle. Le mari avait liberté pleine et entière de répudier sa femme. Le Coran réagit contre cette coutume et le prophète lutta longtemps pour établir une répudiation légale nécessitant l'articulation de trois formules successives séparées l'une de l'autre par un mois entier, et prononcées chacune pendant une période de pureté de la femme. Un Hadith ajoutait même que : « parmi les choses permises que Dieu voit avec le plus de répugnance c'est la répudiation. » La coutume reprit bien vite le dessus et depuis bien longtemps déjà, la répudiation sounnite n'existe plus que sur le papier. Une répudiation aussi libre que celle de la Jahilyya la remplace insolemment.

Deuxième exemple. — Le Wakf ou habous qui n'existait pas avant le prophète, est une institution d'origine sounnite et purement islamique, consistant à frapper d'inaliénabilité certains biens dont les revenus doivent revenir en définitive à des œuvres pieuses ou d'utilité publique. Le but visé était en ce faisant d'être agréable à Dieu. Rien de plus simple, rien de plus net. Pourtant à côté de ce habous religieux apparut et triompha dès les premiers siècles

une abondante flore de habous coutumiers cherchant uniquement à enfreindre certaines dispositions expresses du Charaâ (nous y reviendrons plus loin), notamment les lois de la dévolution successorale. C'est ainsi qu'en Algérie, on peut dire que le Habous sounnite a complètement disparu et que, ce qui porte ce nom à l'heure actuelle n'est autre chose qu'un testament honteux.

On pourrait citer une foule d'autres exemples notamment les moyens créés par la coutume, pour faire admettre dans la pratique le prêt à intérêt.

Telle une pieuvre aux innombrables tentacules, la coutume s'est installée dans la législation musulmane pour y accomplir son œuvre néfaste. Ce travail constitue à n'en pas douter un recul marqué sur la loi musulmane, plus humaine et plus juste.

IV. — Le Kanoun.

A l'idjmâa, à l'idjtihad et à la coutume comme facteurs d'évolution du Charaâ il convient d'ajouter le Kanoun.

Le Kanoun c'est l'ensemble des règlements pris à certaines conditions, par le souverain d'un pays musulman, en vue de régler les nouveaux rapports sociaux et économiques qui n'ont été prévus ni par le Charaâ, ni par le fikh.

En principe le souverain n'a pas selon la loi

musulmane le pouvoir législatif, à moins qu'il ne soit en même temps un fakih (savant) dont l'autorité en matière juridique soit bien établie. Il faut reconnaître que même aux plus beaux jours de Bagdad cette condition ne se trouva jamais réalisée ; le droit régissant les sujets des grands khalifes Abbassides, fut l'œuvre unique de savants jurisconsultes vivant loin du siècle, ou de grands Cadis qui étaient en même temps que magistrats d'éminents élaborateurs de la loi.

Avec le renforcement du pouvoir et la disparition progressive des foukahas législateurs, on finit par lever l'obstacle en joignant au prince un personnage religieux, chargé de le conseiller à l'occasion, mais dont la fonction essentielle fut de veiller à l'orthodoxie des règlements édictés. Ce fut le cheikh el Islam.

C'est le système que l'on a appelé d'une formule très heureuse la « Siassah al Charieh » la politique du Charaâ par opposition au gouvernement divin ou judiciaire des Cadis. Grâce à cette politique le souverain put avoir des pouvoirs de plus en plus étendus sans cependant aller jusqu'à la transgression des prescriptions du Charaâ. Car, tout règlement édicté, toute mesure prise par lui sans respecter la lettre ou l'esprit du Charaâ seraient antimusulmans et partant injustes et arbitraires.

Le Kanoun dont le rôle a été d'abord très réduit

commence depuis les temps modernes à prendre une grande extension dans tous les pays musulmans.

Son importance augmentera de plus en plus, mais pour faire œuvre durable sans heurter des croyances respectables au premier chef, il serait à souhaiter qu'il fasse appel plus souvent à la collaboration de l'Idjmâa des pays musulmans plus évolués, pour rendre la loi musulmane applicable à tous les temps et à tous les lieux, car ainsi que l'a montré Sawas Pacha rien n'est plus aisé que « d'Islamiser toutes les vérités, de les asseoir sur des bases absolument orthodoxes et de les rendre par conséquent non seulement acceptables mais obligatoires pour la conscience mahométane » (1).

* * *

Tel est en un raccourci trop bref pour être complet, l'exposé des principes essentiels de la loi religieuse musulmane, et des facteurs d'évolution susceptibles de reprendre leur action bienfaisante à l'heure où, secouant la léthargie qui les engourdit depuis des siècles, les peuples musulmans renaissent lentement à la vie.

La plupart de nos clercs trahissent, c'est la vérité vraie. Ils assument la responsabilité de leurs gestes

1. Sawas Pacha, *Th. du dr. mus.*, t. I, p. xxvii.

et actions « L'homme n'aura que ce qu'il a gagné » dit le Coran (1).

Faut-il oublier pour cela les principes posés par le charaâ sacré et l'enseignement des grands Maîtres disparus ? Tout près de nous le Cheikh Abdou le chef de l'Islamisme libéral est venu pour soutenir les énergies vacillantes en leur rappelant qu'il y a 14 siècles : « l'Islam tira l'intelligence de son assoupissement, qu'il la réveilla d'un long sommeil dans lequel elle s'oubliait car chaque fois qu'un rayon de vérité avait pénétré jusqu'à elle, elle entendait la voix des serviteurs des faux Dieux lui murmurer : « Dors, la nuit est noire, le chemin est dur, le but est loin, ta monture est fatiguée, et ton bagage est petit » (2).

« Il délivra la raison de toutes ses chaînes, il la libéra de l'imitation aveugle qui l'avait asservie, il lui rendit son domaine dans lequel elle tranche selon son jugement et sa sagesse » (3).

Ainsi donc l'empire de la raison est souverain en

1. Cor., chap. 53, vers. 40.

2. Cheikh Mohammed Abdou, *Rissalat al Tawhid*, p. 107 et s.

Né en 1849 et mort le 11 juillet 1905, le créateur de l'Islam moderne, le Cheikh Adou, par sa haute conception morale des religions et son effort de synthèse des résultats scientifiques avec les principes de l'Islam est une des plus nobles figures des temps modernes. Nous recommandons et plus particulièrement à nos amis français, la lecture de son ouvrage de l'Unité de Dieu traduit par MM. Michel et Cheikh Mohammed Abdel Razik.

3. Id., *ibidem*.

droit musulman. Elle peut s'appliquer à établir les lois qu'elle veut, il lui est loisible d'introduire les modifications qu'elle entend. Toutefois il lui est défendu, de l'accord unanime des musulmans conservateurs et libéraux, d'exercer son effort sur les principes premiers posés dans le Charaâ sacré, et dont l'acceptation en bloc constitue un des dogmes les plus certains de l'Islamisme. Cette exception faite, l'effort de la pensée humaine peut s'appliquer à apporter l'interprétation la plus large possible aux textes de la loi religieuse. Le Cheikh Abdou a ramassé en une formule claire et précise cette idée fondamentale du Charâa. La raison dit-il « doit s'incliner devant Dieu et s'arrêter aux limites posées par la religion ; mais en dedans de ces limites, il n'y a pas de barrières à son activité et il n'y a pas de fin aux spéculations qui se déroulent sous ses auspices » (1).

L'Islam, dont le plus grand titre de gloire est d'avoir introduit l'intelligence dans le domaine de la croyance, en s'élevant énergiquement contre tous les préjugés de l'ignorance et en débarrassant l'âme humaine de tous les intermédiaires et sorciers, qui s'interposaient entre elle et son Dieu, se doit à l'heure actuelle de reprendre dans l'Humanité sa place historique.

Le Charaâ contient en lui, nous espérons l'avoir

suffisamment démontré, les meilleurs principes de son évolution. Les grandes règles qu'il renferme, telles qu'elles ont été éclairées par l'école libérale; c'est-à-dire de la façon la plus conforme à l'esprit de l'Islam sont capables, nous en sommes convaincus, de présider à la rénovation complète de la science du fikh.

Tout ce qui a été arrêté explicitement par le charaâ, doit rester en dehors de toute discussion, tant que durera la foi religieuse dans le cœur des Musulmans, mais : « Ce dont n'a pas parlé le législateur, ce qu'il n'a ni commandé, ni défendu dans sa loi est à la discrétion et au libre choix des Musulmans » (1)

L'idjtihad collectif s'exerçant dans l'Idjmâa des ulémas, nous apparaît comme le principal instrument capable de doter les pays musulmans de dispositions civiles et religieuses, faisant état des changements économiques et sociaux survenus depuis l'époque intermédiaire dans toutes les sociétés modernes.

Ce travail traduit par le Kanoun a commencé en Egypte et les résultats acquis tout à l'honneur de ce peuple, autorisent les espoirs les plus optimistes.

Désormais rien ne sera plus aisé pour la communauté musulmane, que de se débarrasser des chaînes de la coutume, pour modifier les institutions à mesure que le temps marche; rien ne sera plus

1. El Charani, *loc. cit.*, p. 28.

facile que d'adopter à bras ouverts toutes les acquisitions des pays modernes, toutes les vérités qui, islamiques par essence deviendront « non seulement acceptables mais obligatoires pour toutes les consciences musulmanes ».

LIVRE II

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE DE L'ORGANISATION DU TRIBUNAL MUSULMAN

L'origine du tribunal musulman remonte au prophète Mohammed. Il fut le premier juge musulman et le premier élaborateur de la loi. Il remplissait tout au début seul ces deux fonctions essentielles du tribunal musulman. Comme les premiers archontes d'Athènes, il joignait au sacerdoce le soin de juger, d'administrer et de faire la guerre. De plus, il légiférait et veillait attentivement à l'application de la loi.

Quand les soucis de son apostolat l'appelaient au dehors, le Prophète ne quittait jamais Médine sans confier l'autorité judiciaire aux savants ayant embrassé la nouvelle religion. Mais à son retour, il s'empressait d'examiner les décisions rendues, con-

firmait celles qu'il trouvait conformes à la nouvelle Loi, et infirmait ou modifiait les sentences qui ne répondaient pas à sa lettre ou à son esprit.

Ces juges provisoires qui remplaçaient le Prophète durant ses absences loin de Médine, n'eurent aucun caractère officiel.

Le premier cadi qui eut cette investiture fut Moadh ben Djebel, dont nous avons parlé plus haut et qui fut désigné en cette qualité pour accompagner l'expédition envoyée au Yemen avec pleins pouvoirs pour administrer le pays. Les délégués envoyés de la sorte dans les différentes contrées de l'Empire rendaient la justice au nom du Prophète.

Après la mort de l'envoyé de Dieu, ses successeurs immédiats, les quatre Khalifes Justes, suivirent fidèlement la voie qu'il leur avait tracée. Ils furent des juges et nommèrent dans les provinces de l'Empire des cadis auxquels ils déléguaient leurs pouvoirs judiciaires.

Bassora, Koufa et Médine eurent chacun leur cadi avec Omar Ibn el Khattab, le deuxième des Khalifes Justes. En les nommant, le Khalife prit bien soin de préciser leurs attributions dans une épître demeurée célèbre et adressée à l'un d'eux, le Cadi de Koufa. En voici le texte :

« Rendre justice est une obligation rigoureuse, un usage qu'il faut suivre. Ecoute les plaideurs avec attention, car à quoi bon réclamer des droits si cela

« ne produit point d'effet. Dans tes regards, dans ton
« tribunal et dans ta justice, qu'il y ait pour tous
« égalité parfaite, afin que l'homme puissant ne
« compte pas sur ta partialité et que l'homme faible
« ne désespère pas de ta justice. C'est au demandeur
« à fournir la preuve et au défendeur à se purger par
« serment. Entre Musulmans, la transaction est per-
« mise, tant qu'elle n'autorise pas ce qui est défendu,
« et tant qu'elle ne défend pas ce qui est autorisé. Si
« tu as prononcé un jugement la veille, et qu'en y
« réfléchissant le lendemain tu sois conduit à recti-
« fier ton opinion, n'hésite pas à revenir à la vérité,
« car la vérité est éternelle ; mieux vaut y revenir
« que de persister dans l'erreur. Pèse bien les opinions
« qui te passent par la tête et qui n'auront ni Coran,
« ni Sounna pour les justifier. Familiarise-toi avec
« les ressemblances des choses et leur similitude
« afin de pouvoir juger chaque chose d'après celles
« qui lui sont analogues. Si un plaideur déclare qu'il
« n'a pas avec lui le titre, ni la preuve dont il veut
« se servir, remets sa cause à un autre jour afin qu'il
« puisse trouver ce qui lui manque. Si à l'expiration
« du délai, il produit la preuve qu'il cherchait, décide
« en sa faveur ; s'il ne le fait pas, prononce contre
« lui. C'est la meilleure manière de dissiper les doutes
« que l'on peut avoir et d'éclairer son ignorance. Les
« Musulmans peuvent être adouls les uns les autres
« excepté ceux qui ont subi une peine corporelle et

« qui ont été convaincus de faux témoignages ou
« que l'on suspecte de se donner comme clients aux
« membres d'une famille qui n'est pas la leur. Dieu !
« que son nom soit glorifié ! est le seul juge qui
« puisse se passer de serment et de preuves testimo-
« niales.

« Pendant l'audience, ne cède pas à des mouve-
« ments d'impatience ou d'ennui, ne traite pas les
« plaideurs avec dédain. Dieu réserve une grande
« récompense, une honorable mention à celui qui
« rétablit la vérité et la remet dans sa place. Salut ! »

Ainsi était créée avec le Prophète et consolidée avec ses successeurs immédiats la fonction du juge. Mais à côté du *cadi* ayant un rôle purement judiciaire, tranchant les contestations et rendant des décisions conformes au droit, il y eut dès la première heure une deuxième section dans le tribunal musulman : la section des Savants qui disent le droit. Ces deux fonctions furent confondues en la personne du prophète Mohammed, juge et élaborateur en même temps. Avec les Khalifes Justes, il a fallu recourir devant l'obscurité ou l'absence des textes, à des réunions législatives, à l'*idjmaà* des compagnons, des adeptes et des suivants, pour dégager par un travail purement doctrinal à propos des difficultés embarrassant les Khalifes, les solutions les plus conformes à l'esprit du Coran et de la *Sounna*.

Après les quatre Khalifes Justes, la dynastie Oméyade qui s'empare du pouvoir reste quasi-indifférente à l'organisation du tribunal musulman.

Sous le second Khalife Abbasside Abou Djafar El Mansour, Ebou Youssef, disciple d'Abou Hanifa, fut nommé Cadi des Cadis, juge des juges. La fonction de Cadi devint très importante et l'archonte musulman eut toujours le pas sur le stratège.

On rapporte à ce sujet que l'ami de Charlemagne, Haroun al Rachid, écrivit de Bagdad à son gouverneur de l'Ifrikya :

« Je n'ouvrirai aucune de vos lettres qui serait
« visée par le cadi de votre province. Tant que le
« magistrat approuvera votre façon de gouverner, je
« vous maintiendrai en fonction ; au cas contraire,
« je vous destituerai. »

Le grand Khalife voulait indiquer par là que les cadis dépositaires de la loi religieuse savaient mieux que quiconque le véritable chemin conduisant la Communauté musulmane vers son Dieu, et qu'ainsi le meilleur mode de gouvernement était celui qui avait leur assentiment.

Le tribunal musulman trouve donc son organisation définitive sous les Abassides de Bagdad ; ses deux sections eurent alors leurs attributions bien délimitées. Le cadi fut le juge unique, le mufti, le desservant qui éclaire la religion du cadi par ses avis doctrinaux.

« En résumé, les rouages du tribunal musulman (sacré parce que la loi qu'il applique procède d'une vérité révélée) n'ont jamais varié. Ils sont restés au nombre de deux : l'un juridique ayant mission de faire connaître à propos de chaque contestation les convenances légales, l'autre judiciaire chargé de juger les différends qu'on portait devant lui (1). »

Ces deux sections distinctes du tribunal musulman subsistent telles quelles dans les pays musulmans depuis le Prophète et ses Khalifes Justes.

Tel est bien succinctement l'historique du tribunal de l'Islam.

1. Cf. S. Pacha, *loc. cit.*, p.64.

CHAPITRE II

HISTORIQUE DU TRIBUNAL MUSULMAN EN TUNISIE

Grâce à l'école de Kairouan et à Khalil qui professait avec éclat au Caire, le viii^e siècle de l'Hégire vit la codification de tous les éléments établis quelque cinq cents ans auparavant, dans la ville du prophète. Ces abrégés de la doctrine Malékite donnèrent de l'unité et de la précision à la jurisprudence et toute l'Afrique mineure, le Maroc, l'Algérie et la Tunisie actuelle, ne connurent plus d'autre rite jusqu'au x^e siècle, date de la domination turque en Tunisie. La Risala d'El Kairouani, le Mokhataçar de Khalil et la Tohfat d'Ebn Assen demeurèrent classiques et à l'heure actuelle, ces trois importants traités constituent la base de l'enseignement du droit musulman dans la Mosquée Ez-Zitouna de Tunis.

A côté de ce travail de doctrine poursuivi dans les mosquées, l'influence des Cadis choisis parmi les savants les plus réputés fut toujours prépondérante. On rapporte que sous la dynastie des Aglabites l'un d'eux fit un jour un faux pas dans la mosquée. Comme

le cadi était présent et que grande était la vénération qu'il avait pour ce magistrat, il alla vers lui et s'offrit à lui faire sentir son haleine pour qu'il ne le soupçonnât pas d'ivresse.

Sous les Hafsides l'autorité des Cadis fut aussi grande. Abou Farès, un des princes de cette dynastie, alla même jusqu'à donner plein pouvoir au Cadi de l'emprisonner, au cas où il commettrait un acte contraire au Charaâ sacré. Ce fut un prince de la même dynastie, le prince El Mostancer, qui créa en 657 de l'Hégire (1259) plusieurs postes de Cadis à Tunis :

1^o Un Cadi chargé d'établir les mouvements lunaires bases du calendrier musulman, déterminant d'une façon précise les dates des fêtes et surtout l'entrée du mois de jeûne, le mois de Ramadan ;

2^o Un Cadi chargé de juger les contestations civiles entre particuliers ;

3^o Un Cadi pour le statut personnel et successoral ;

4^o Un Cadi des Cadis, juge suprême chargé d'examiner les sentences des autres juges.

La domination des Espagnols fanatiques arrêta tout développement judiciaire en Tunisie (1).

Avec les Turcs au x^e siècle, le Malékisme fut relégué au second plan et sa place fut prise par le Hana-

1. La dynastie hafside tombe en 981 de l'H.

fisme, le rite de l'Iman Abou Hanifa, rite officiel des nouveaux maîtres du pays. Le Cadi Malékite vécut sous la dépendance du Cadi Hanafite, nommé directement et envoyé de Stamboul par le Chekh El Islam de Turquie. Ce Cadi Hanafite remplacé tous les trois ans par Stamboul, fut assisté à Tunis par un Conseil de Muftis des deux rites. Cette situation dura tant que les beys furent impuissants à faire entendre leur voix auprès de la sublime porte. En l'an 1157 de l'Hégire (1744) le bey de Tunis Ali Pacha réussit à obtenir de la Turquie des concessions d'une grande portée politique. Désormais c'était le souverain du pays qui procédait directement à la nomination du Cadi Hanafite qui n'était plus un Turc imposé par le Cheikh et l'Islam de Turquie, mais un sujet tunisien.

Ce prince eut en outre le droit de nommer un Cadi Malékite titulaire et dont les sentences devenaient exécutoires sans l'exequatur du Cadi Hanéfite qui ne conservait que des privilèges honorifiques tel le droit de préséance.

Quant aux Muftis ils étaient tous considérés sur le même pied, il y avait un bach-mufti hanafite et un autre Malékite. Ce n'est qu'en 1263 que le bey Ahmed éleva le bach-mufti hanafite au-dessus de son collègue malékite et lui donna avec le nom de Cheikh el Islam qu'il conserve encore, la présidence effective du corps des Muftis. Ce fut un personnage

séculier, celui qui parle en public au nom de tous ses collègues, les autres muftis restant essentiellement les desservants de la justice religieuse, ceux dont le travail fait progresser la science juridique, ceux qui publient les traités qui restent classiques, ou commentent avec intelligence les œuvres des grands maîtres disparus.

L'histoire politique de la Tunisie durant tout le ^{xvii}^e siècle marque une volonté ferme de « détachement progressif de l'empire ottoman pour s'ériger en état autonome » (1). La souveraineté turque purement nominale dès la première moitié du ^{xvii}^e siècle disparaît complètement et dès 1705 le gouvernement local de la dynastie Hussénite qui règne encore aujourd'hui en Tunisie « était suffisamment puissante pour assumer les charges et exercer les « droits inhérents à tout Etat (2) ».

Ce fut sous le règne de Mohamed bey (1855- 1859 en 1857 que les Cadis et Muftis de Tunis furent constitués en Tribunal régulièrement organisé : le Tribunal du Charaâ (3). Le 10 septembre 1857, Mohamed Bey octroya une constitution des plus libérales, connue généralement sous le nom de pacte fondamental. Ce pacte proclame dans son article 1^{er} le respect de la personne et des biens de tous les habitants de la Tunisie sans distinction de race.

1. et 2. E. Fitoussi, *l'Etat tunisien*, p. 36.

ni de nationalité, et l'égalité de tous devant la loi (article 1).

En dehors de la loi religieuse particulière à chaque confession, le droit commun régit tous les habitants de la Régence qui seront soumis dit, l'article 8, aux mêmes règlements sans privilège au profit de personne. Cette disposition prenait une grande importance avec l'octroi de la constitution de 1861 par Mohamed es Sadok bey. Le pouvoir judiciaire devenait indépendant ; de nouveaux tribunaux étaient institués (2) ; les lois et coutumes en vigueur dans le pays étaient révisées et codifiées en un recueil intitulé : Code civil et pénal tunisien ; et le Tribunal du Charaà restait seul compétent pour juger des contestations relatives au statut personnel et successoral des Musulmans, et à certaines matières de leur statut réel, ses jugements n'étant susceptibles d'aucun recours.

La réorganisation définitive du Tribunal religieux est due au Général Khéreddine, le plus grand ministre que la Tunisie ait eue (3). Doué d'une grande intelligence et d'un sens très aigu des réalités politiques, aimant beaucoup son pays dont il ambition-

1. Sebaut, *Dictionnaire de législation tunisienne*, p. 368.

2. Les nouveaux tribunaux sont : des tribunaux de police, des tribunaux de première instance et une Cour d'appel, soumis au contrôle du Grand Conseil faisant fonction de Cour de cassation.

3 L'époque heureuse pour la Tunisie du ministère de Khereddine dura du 22 octobre 1873 jusqu'au 22 juillet 1877.

nait de faire un Etat moderne, dévoué pour son souverain il lui appartenait de régénérer une Tunisie complètement épuisée par le douloureux ministère d'un Mustapha Khaznadar.

Le tribunal musulman réorganisé devint le Dar-ech Charaà (la maison du Charaà) communément appelée à l'heure actuelle le Divan (Conseil), ou Charaà.

En résumé à la suite du mouvement de réformes commencé par Mohamed Bey, poursuivi par Mohamed es Sadok Bey et terminé par Khéreddine, le charaà en tant qu'institution judiciaire est sérieusement mis sur pied, en ajoutant que la loi religieuse bien que « constituant la base essentielle de la législation tunisienne, ne forme plus à elle seule l'unique source de cette législation (1). » A côté du Charaà sacré se trouve désormais une loi séculière inscrite dans des textes spéciaux dont le plus important est le Code civil et pénal tunisien. Cette dualité de législation dictée par les nécessités politiques du pays, marquait un acheminement heureux vers l'union de tous les habitants aux confessions multiples dans l'obéissance à une même loi.

La loi séculière donnait entière satisfaction aux étrangers et aux Tunisiens non Musulmans, et la loi religieuse acceptait sans en prendre ombrage cette

1. Gaudiani et Paul Thiaucourt, *La Tunisie*, 163, p. 38.

filles adoptive venue pour la servir et la compléter.

Ainsi se réalisait, théoriquement, tout au moins, la grande pensée du Général Khéreddine, visant à soumettre les justiciables tunisiens, musulmans, israélites, ou chrétiens, pourvus d'un *forum* et d'un *jus* particuliers à leurs confessions respectives ; et pour les procès entre personnes de nationalités mixtes à un droit commun et à des juridictions communes sauvegardant l'indépendance religieuse de chacun et l'exterritorialité des étrangers, en prévenant tous les conflits de lois ou de compétence.

CHAPITRE III

ORGANISATION ET COMPÉTENCE DE LA JURIDICTION RELIGIEUSE DU DIVAN

La Juridiction religieuse du Charaâ a été roganesée pour Tunis par le décret beylical du 14 novembre 1856 complété par les décrets du 6 avril 1874, 22 décembre 1874 et 8 février 1876.

Désormais un endroit fixe est désigné pour le Tribunal Musulman ; cet endroit appelé Dar ech-Charaâ est le Palais de Justice religieuse où se tient le Tribunal et en dehors duquel il est formellement interdit de trancher les affaires. Les juges c'est-à-dire le Cadi hanafite et le Cadi Malékite, tous deux titulaires, se réunissent avec le Cheikh et l'Islam et les Muftis dans la Salle des Audiences en un medjless (Conseil).

La partie Ouest est celle où siègent les deux Cadis. La partie Est est celle où siègent à tour de rôle les deux premiers Muftis hanafite et Malékite, présidant successivement l'assemblée de leurs collègues pour donner des fetouas quand ils en sont requis, assister

les Cadis de leurs lumières quand les parties le demandent et assurer la distribution de la justice en cas d'absence d'un des Cadis.

La durée minimum des audiences fixée d'abord à 4 heures par jour, puis réduite à trois fut finalement laissée à la conscience du juge.

Le Tribunal du Charaà est donc constitué par le Cadi. A côté de lui sont les Muftis conseillers, chargés de donner des fetouas au Cadi et aux particuliers. Le Cheikn El Islam donne audience le samedi de chaque semaine, il préside le Medjless chaque jeudi et veille sur la bonne marche de tout le divan. Juge en même temps que jurisconsulte il est le conseiller juridique par excellence de la couronne. Très écouté par les beys son autorité d'abord prépondérante finit par se relacher peu à peu. Il conserve cependant une place très importante car c'est lui, assisté de tout le charaà qui donne au Bey, le jour de son avènement au trône, l'investiture religieuse.

Le Tribunal du Charaà est complété par des Aoûns ou huissiers. Les jugements rendus par le Cadi ou le Medjless sont copiés sur des feuilles timbrées par les notaires qui rédigent les jugements et les inscrivent sur leurs répertoires respectifs. Une lacune existe comme on le voit : l'absence de tout greffier, la transmission verbale du prononcé des jugements par les Aoûns aux notaires n'offrant pour les particuliers aucune garantie sérieuse.

Le décret du 25 mai 1876 modifié par le décret du 15 décembre 1896 régleme le fonctionnement des Charaâ et tribunaux de Cadi de province, qui au nombre de 33 sont tantôt composés d'un seul Cadi tantôt d'un Cadi auquel est adjoint un ou plusieurs Muftis parfois même un bach-mufti. Tous ces cadis de province appartiennent au rite Malékite.

Le Cadi et le Medjless de province ne sont presque jamais compétents en dernier ressort. La partie condamnée a toujours, en pratique, le moyen de saisir le juge supérieur, le Cadi ou le tribunal du Charaâ de Tunis. Ces tribunaux de province peuvent toujours déférer au Cadi de la capitale, chef hiérarchique de tous les Cadis de la Régence, les causes qui leur sont soumises.

Les Cadis ont le droit d'ajourner leur sentence pour la soumettre au Conseil même si aucune des parties ne le demande. Chaque partie peut demander que son affaire soit soumise au Medjless. Enfin quand les deux parties veulent dessaisir le Cadi ou le tribunal de province, elles le peuvent en toutes circonstances. Mais si c'est l'une des parties seulement qui demande à être jugée par le Cadi ou le divan de Tunis le Cadi ou le Tribunal de province doivent se dessaisir « à moins que l'affaire ne soit tellement claire qu'il appert avec évidence, que l'intérêt de celui qui demande cet envoi n'est que de gagner du temps et de faire perdre de l'argent à la partie adverse en

lui occasionnant des fatigues inutiles ; dans ce cas le Cadi retient l'affaire » (1).

Quant à la compétence du juge Musulman, elle a beaucoup changé. Nous sommes loin des pouvoirs illimités donnés à Moadh Ibn Djebel et des attributions assez étendues de l'épître du Khalife Omar.

En Tunisie le Cadi a été longtemps le juge de droit commun en matière civile comme en matière pénale. A ses attributions judiciaires il joignait des pouvoirs d'administrateur. Il eut ainsi le contrôle de la police des mœurs en assurant la répression des actes immoraux ; la charge du service de la voirie en empêchant les stationnements encombrant la voie publique, en organisant le colportage et le factage et en veillant à la démolition des bâtiments menaçant ruine ; enfin, il eut à surveiller les moueddebs (maîtres d'écoles) dans leur enseignement ; et bien d'autres fonctions encore.

Le Gouvernement des Beys restreignit de bonne heure cette compétence quasi illimitée du juge musulman.

Aujourd'hui, les Cadis et les tribunaux du Charâa ne peuvent plus connaître de toutes les matières. Ne rentrent dans leur domaine que les questions relatives au statut personnel et successoral alors même qu'elles seraient soulevées à l'occasion d'un procès

1. Art. 34 du décret beylical du 25 mai 1876.

de la compétence du juge français (1) et les contestations relatives aux immeubles non soumis au régime de la loi foncière de 1885.

Pour tout ce qui concerne ces deux ordres de compétence les Tunisiens Musulmans relèvent exclusivement des juges de la communauté religieuse dont ils sont membres. Pour le reste et dans leurs rapports réciproques au civil et au pénal, les Tunisiens Musulmans aussi bien qu'Israélites dépendent des tribunaux séculiers Tunisiens.

Ayant ainsi posé dans ce chapitre les grandes lignes de l'organisation du Tribunal Musulman, il nous reste à examiner la manière dont fonctionne dans les limites de sa compétence, cet imposant appareil judiciaire.

L'absence totale de textes codifiés, nous obligera à traiter de toutes les questions d'un point de vue très général en examinant ce qui existe, et les perfectionnements qu'il est de l'intérêt des justiciables d'introduire. Cette étude sera forcément incomplète et des erreurs se glisseront fatalement, mais cela ne fera qu'apparaître avec plus d'évidence la nécessité d'une codification qui s'impose aujourd'hui plus que jamais.

1. Art. 2 du décret du 31 juillet 1884.

CHAPITRE IV

STATUT PERSONNEL ET SUCCESSORAL DES MUSULMANS TUNISIENS

La notion de statut personnel est une des notions les plus compliquées du droit musulman. Le législateur tunisien n'a jamais donné un critérium qui permette de décider en face d'un acte ou d'un rapport juridique, s'il appartient ou non au statut personnel.

Le Législateur Egyptien a bien essayé de donner une définition du statut personnel. L'article 4 du Code civil mixte dispose que :

« Les questions relatives à l'Etat et à la capacité
« des personnes et au statut matrimonial, aux droits
« de succession naturelle ou testamentaire, aux
« tutelles, restent de la compétence du juge du statut
« personnel. »

Mais on voit combien les termes employés sont vagues et susceptibles de prendre de l'extension, ou au contraire d'être restreints à volonté.

La question de savoir quelles sont les matières que l'on doit ranger dans le statut personnel et quelle est

la législation devant donner la qualification a soulevé de grandes controverses.

En Tunisie, on s'accorde à reconnaître au domaine du statut personnel tout ce qui a rapport au mariage, à la répudiation ou au divorce, les questions de tutelle et d'émancipation, enfin celles de succession.

Dans les chapitres suivants nous étudierons toutes ces matières avec plus ou moins de détails selon l'intérêt de la question en Tunisie, en indiquant après chaque exposé général qui situera la question au point de vue historique et juridique, les perfectionnements que commande l'esprit général du Charaâ sacré.

I. — La famille musulmane.

Pour bien discerner l'esprit qui anime tout le droit familial musulman, pour bien saisir le progrès moral et social énorme réalisé par l'Islamisme, il est indispensable de faire un pas en arrière, pour étudier la condition de la femme dans le statut antéislamique. C'est replacer, pour mieux percevoir la profondeur des réformes réalisées par le législateur musulman, l'institution familiale dans son cadre historique.

Dans cet ensemble de tribus formées pour la lutte continuelle, la loi de famille était comme on dit souvent, une loi de guerre. Le mode normal d'acquisition de la propriété était la capture du butin sur

l'ennemi, propriété collective dont l'unique fondement était le droit de la force sur les champs de bataille, droit réservé aux seuls combattants l'ayant acquis et aux seuls héritiers capables de le conserver. Aussi la transmission héréditaire ne s'opérait-elle qu'en faveur des mâles ; son sexe et sa faiblesse excluant la femme du rang des successibles. Selon le mot célèbre de Michelet dans ses *Origines du droit français*, « les nations héroïques n'estimant que la force considèrent l'être faible comme une chose qui peut se vendre ou s'acheter ».

La femme était soumise à une sorte de mancipium des mâles dont elle avait la protection, bienheureuse si dès sa naissance elle n'était pas selon un usage bien établi, enterrée vivante.

Elle était considérée comme une chose, un simple objet de droit. La coutume lui permettait d'avoir des unions temporaires et un concubinat avec plusieurs hommes à la fois, vestiges du temps éloigné où régnait le matriarchat dans l'antique Arabie.

A toutes ces mœurs barbares, l'Islam a opposé une haute conception de la famille, donnant à la femme sa noble place dans le foyer.

A la prescription « Tes père et mère honoreras » l'Islam ajoute : « C'est aux pieds de sa mère qu'un enfant respectueux gagne le paradis (1). »

1. Cor., chap. 31, vers. 13.

La mère est investie d'une véritable puissance maternelle, le droit de Hadana, un droit absolu et exclusif, « véritable revanche de la mère sur la femme ».

Enfin le Charaà donne à la femme de larges droits héréditaires et poursuivant l'épuration des anciennes coutumes il condamne les unions éphémères, le concubinat, l'adultère, la répudiation accordée par le mari contre rançon et la répudiation de simple caprice (1).

« Ne répudiez vos femmes qu'au terme marqué :
« comptez les jours exactement. Avant ce temps vous ne pouvez ni les chasser de vos maisons, ni les en laisser sortir... Vous ne savez pas si Dieu ne fera pas surgir quelque circonstance qui vous réconciliera avec elles (2). »

Tel est dans ces grandes lignes le plan d'ensemble de la réforme familiale apportée par la Loi musulmane. Si la réalité actuelle est tout autre, nous pensons avec un ancien Professeur de la Faculté de Droit de Paris, M. Estoublon, que « le droit musulman ne
« doit pas être rendu responsable des injustices et
« des abus de pouvoir qu'il a servi souvent à cou-
« vrir (3). »

1. Cf. Cor., chap. 2, vers. 228-232 et vers. 242 ; chap. IV, vers. 23

2. Cor., chap. 65, vers. 1.

3. *Revue Algérienne de législation et de jurisprudence*, 1892, 1^{re} partie, p. 90.

II. — Le mariage.

La règle qui régit cette institution est la non intervention du Cadi, le juge n'apparaissant qu'en cas de difficultés et quand son ingérence est requise.

Le mariage cependant est une grande solennité pour le Musulman et la famille à laquelle il donne naissance, une institution d'origine divine. « C'est Dieu, est-il dit dans le Coran, qui a créé d'eau les hommes, qui établit entre eux les liens de parenté et d'affinité (1). »

« Le mariage est un contrat purement civil qui se noue par le consentement et qui se dissout par le même procédé (2). » Liberté complète et entière est laissée au mari d'épouser une ou plusieurs femmes.

C'est un droit que nous voulons exercer sans entrave, dit-on fréquemment ; on pourrait ajouter un ordre à exécuter pour être agréable à Dieu. Cette conception du mariage a besoin selon nous d'être sérieusement révisée. Dieu a bien dit dans le verset 31 du chapitre 33 : « Epousez parmi les femmes qui vous plaisent, deux, trois ou quatre » mais il ajoute, ce qui est fondamental, dans le même verset

1. Cor., chap. 25, vers. 56.

2. Zeys, *Tr. du dr. mus. alg.*, p. 79. Les conditions de validité de ce contrat sont au nombre de quatre, le consentement, la présence de deux témoins, la constitution d'une dot et l'absence de tout empêchement.

à la suite de ces premières paroles : « Si vous craignez d'être injustes, n'épousez qu'une seule. » On voit par là combien il est injuste de présenter le Coran comme ayant poussé à la polygamie.

Dieu a mis à la polygamie une condition si difficile : être également juste envers plusieurs femmes, qu'on peut affirmer sans risque d'être contredit par aucun Musulman éclairé, que les Prophètes et quelques êtres exceptionnels exceptés, cette condition n'est jamais réalisable ici-bas, pour le commun des mortels.

Il est juste de reconnaître cependant que la tétragamie réalise un grand progrès moral sur la polygamie antéislamique, qu'elle comporte plus de garanties pour la femme et les enfants que l'union libre qui se contracte couramment dans les pays Occidentaux, et qu'elle est appelée à subsister encore longtemps parce qu'elle est souvent une nécessité sociale dans notre classe paysanne, où la femme est en même temps qu'épouse, mère de famille et servante.

Mais la polygamie engendre là où elle existe de multiples inconvénients et tout peuple évolué doit chercher à la concilier avec les légitimes aspirations de la femme moderne.

On admettra tout au moins que la condition mise à la polygamie par le Coran ne doit pas être laissée à la libre appréciation de chacun et qu'il devrait

appartenir au cadi de décider souverainement si elle est remplie, après enquête consciencieuse sur la situation de fortune, la moralité et le caractère de celui qui veut contracter second mariage.

L'intervention du Cadi sera d'autant plus nécessaire qu'il aura à vérifier pour chaque union s'il n'y a pas eu contrainte abusive et si la future a donné son libre consentement.

Le droit de contrainte appartient au père seul qui peut contraindre sa fille vierge et à l'exécuteur testamentaire quand le père le lui confié ou lui a nominativement désigné le futur. Mais en principe le consentement de la future est nécessaire.

En Tunisie son consentement est toujours requis en présence de deux notaires mais son silence suffit et on ne lui en explique presque jamais la signification. L'affaire se passe « en famille » et les Notaires n'ont aucune qualité légale pour prendre la défense de la jeune fille contre ses parents. Il est recommandé de la prévenir, dit pourtant Sidi Khalil de la signification de son silence car son allégation postérieure au contrat, qu'elle en a ignoré la valeur n'est pas admise par la plupart des interprètes de la Mouadawana (Malek) ; « si elle refuse ou manifeste son aversion on ne la marie pas mais son rire ou ses pleurs n'impliquent pas un refus » (1).

1. Sidi-Khalil, trad. Fagnan, P. 81, p. 13 :

« Le jour où la femme arabe renseignée sur l'étendue de la

L'intervention du Juge représentant l'intérêt social et agissant selon le véritable esprit du Charaà nous éviterait en Tunisie, nombre de ces unions malheureuses où ne peut régner aucune justice.

III. — Répudiation.

L'Islam est venu améliorer considérablement la situation de la femme élément du patrimoine du mari dans la société Antéislamique. Au point de vue religieux et c'est un point capital pour l'application juridique, l'égalité est absolue entre l'homme et la femme : « Hommes ou femmes, ceux qui pratiqueront les bonnes œuvres et qui seront en même temps croyants entreront dans le Paradis (1). »

Et le Coran n'a jamais eu l'intention d'abandonner la femme à la discrétion du mari, qui peut la répudier quand il le veut et lui imposer une ou plusieurs étrangères, selon son bon caprice ou sa mauvaise humeur. Le mari conserve le droit de rompre le contrat de mariage par consentement unilatéral, sans intervention du juge, et sans prendre le consentement de la femme ; mais la loi reconnaît à la

protection que sa loi elle-même lui accorde, protestera contre la violence dont elle est l'objet et traduira courageusement son tyran devant les tribunaux, le droit de contrainte aura cessé d'exister ». L. Leys, *loc. cit.*, p. 79.

1. *Cor.*, chap. IV, vers. 123.

femme le droit de faire prononcer judiciairement à l'encontre du mari la dissolution de l'union conjugale (1). En règle générale donc, la répudiation résulte du mari mais le juge peut intervenir indirectement lorsqu'il en est requis par la femme. Mais si le pouvoir du mari reste complet et absolu, de nos jours la femme tunisienne ne semble jamais user du droit que lui a reconnu à maintes reprises la loi Musulmane.

Les mœurs ont eu raison une fois de plus des prescriptions de Charâa. Leur action a été aussi néfaste quant à la forme de la répudiation. La répudiation sounnite instituée par le prophète et comportant d'importantes limitations tomba bien vite en désuétude, et une répudiation beaucoup plus facile due à la coutume est venue la remplacer. Elle est constituée par une formule arbitraire qui prononcée une fois par le mari, rompt le mariage à temps, et prononcée trois fois le dissout définitivement.

Toutes les formes de répudiation même celles prononcées par plaisanterie lient le mari. Mais nombreux surtout dans le peuple sont ceux qui après avoir prononcé une des multiples formules, impliquant répudiation, ne lui donnent aucune suite, et continuent à vivre avec leur femme, comme devant.

Un formalisme aussi étroit que celui qui consiste

1. *Cor.*, chap. II, v. 227, chap. IV, vers. 39, 127-129.

à faire répudier une femme, vivant tranquillement chez elle, avec ses enfants, parce qu'à la suite d'une partie de cartes par exemple, un mari coléreux aurait prononcé une des formules fatidiques de répudiation, ne peut sérieusement se concilier avec la lettre ou l'esprit de Charaà.

Ne pas admettre cela c'est essayer, mais en vain de « cacher la lumière du soleil avec un tamis » ; aussi la plupart des Musulmans conscients de leur rôle social considèrent-ils comme inadmissible la répudiation de la femme par le mari sans allégation de motifs et pour un simple mot jeté en l'air.

L'intervention du Cadi nous semble nécessaire pour s'assurer en cas de répudiation, de l'observation, de la prescription divine : « Logez les femmes que vous aurez répudiées, là où vous logez vous-mêmes et selon les moyens que vous possédez ; ne leur causez pas de peine en les tenant trop à l'étroit. Ayez soin de celles qui sont enceintes, tâchez de pourvoir à leurs besoins jusqu'à ce qu'elles aient accouché. Agissez généreusement, quel'homme aisé donne selon son aisance ; que l'homme qui n'a que le strict nécessaire donne en proportion de ce qu'il a reçu de Dieu » (1).

Son intervention est normale sur la demande des particuliers dans l'un des cas suivants :

1. *Cor.*, chap. ⁶⁵ 65, vers. 2-7.

1° La femme répudiée est enceinte. Dans ce cas elle a droit à l'entretien de grossesse et « en outre » aux vêtements pour toute cette période si la répudiation a lieu au début de celle-ci et pour la quote-part des mois restant à courir si la répudiation a lieu plus tard » (1) ;

2° La femme répudiée allaite. Dans ce cas elle a droit en plus de la pension de grossesse à une indemnité d'allaitement ;

3° La femme a un enfant. On lui reconnaît le droit de garde sur le garçon et sur la fille jusqu'au moment où cesse l'obligation de la pension alimentaire. « Celle qui est en état de grossesse peut en outre jusqu'à l'accouchement réclamer des frais d'entretien et d'habillement » (2).

Le droit de garde appartient à la mère, mais c'est au père à prendre soin de lui, à le corriger, à l'envoyer à l'école et à payer une pension d'entretien à la personne qui a la garde. Le juge dit Sidi Khalil arbitrera la part de logement qui lui incombe. Ainsi l'entretien appartient au père et la garde à la mère. La Jurisprudence Musulmane attribue à la mère pendant toute la période de la Hadana un droit dit de Nefaka qui s'analyse en deux éléments : la pension alimentaire proprement dite et le salaire de garde ;

1. Sidi Khalil, trad. Fagnan, P. 119, 17, p. 208.

2. V. El. Ghamraoui, p. 128.

4° La femme répudiée a droit au logement pendant toute la période de sa retraite légale et pendant tout le temps qu'elle est empêchée de se remarier par le fait du mari.

Dans ces quatre cas, le Cadi intervient pour fixer le montant de la pension selon la coutume de la région en tenant compte de l'état de fortune du mari, du rang social de la femme et du coût de la vie.

IV. — Divorce.

Rien n'était plus facile que le divorce, sinon peut être le mariage, dans la période de la Jahilyya. Si le mari voulait rompre le lien conjugal il chassait sa femme sans autre forme de procès et si celle-ci avait assez de son époux, elle lui tournait le dos en changeant de direction l'entrée du Gynécée.

Pour ne pas heurter cette coutume à laquelle on était très attaché et quoique ayant posé le caractère sacré de l'union conjugale, le Législateur Musulman a conservé le divorce en lui donnant le caractère d'une garantie précieuse pour la femme.

Il y a divorce en droit musulman, dès qu'il y a consentement réciproque, sans qu'il soit besoin pour cela d'une formule sacramentelle comme dans la répudiation ; mais le divorce par simple concours de volonté est l'exception et le charaà a surtout insisté sur le divorce judiciaire. « Si un mariage cause à

la femme un préjudice, vous le casserez » dit un hadith du prophète.

Le divorce judiciaire est prononcé à la demande de toute personne majeure et maîtresse de ses droits ou représentée en cas d'incapacité, toutes les fois que l'un des époux commet un manquement grave aux droits conjugaux.

Dieu a recommandé au mari de traiter la femme avec bonté ; il encourt le divorce, s'il se livre sur sa personne à des violences ou s'il l'injurie gravement elle ou les siens.

Dans les deux cas qu'il y ait divorce par consentement mutuel sans compensation ou divorce judiciaire, les effets sont les mêmes : la dissolution du mariage.

En conclusion, le divorce existe en droit comme une garantie précieuse pour la femme, mais la condition inférieure faite à la Musulmane actuelle en atténue toute la portée.

V. — Protection des Incapables. Tutelle et haute Tutelle.

I

La famille Musulmane présente des caractères qui la situent entre la famille romaine et la famille germanique.

Comme la famille romaine elle est agnatique, basée sur le patriarcat, ne peut être établie et ne peut se transmettre que par les mâles. Le père de famille et à sa mort le fils aîné jouissent d'un pouvoir absolu, quoiqu'ils aient perdu avec l'Islamisme, le droit de vie et de mort qu'ils possédaient à l'époque antéislamique. A la différence de la *patria potestas* romaine le pouvoir du père de famille musulman se rapproche du *mundium* germanique en ce qu'il n'absorbe pas inévitablement, le patrimoine des enfants ayant des biens personnels.

La tutelle musulmane a visé dès les premiers jours l'intérêt du mineur et la protection de son patrimoine, comme en font foi les versets suivants :

« Dieu entend qu'on fasse le bien, les bonnes
« actions seront récompensées. Il est interdit de
« s'emparer des biens des orphelins et ordonne l'ad-
« ministration intégrale de ces biens » (1).

« Restituez aux orphelins devenus majeurs leurs
« biens, ne substituez pas le mauvais au bon. Ne
« consommez pas leur héritage en le confondant avec
le vôtre, c'est un crime énorme (2). »

« Ne touchez point aux biens de l'orphelin à moins
« que ce ne soit d'une manière louable pour les
« faire accroître jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge fixé.

1. *Cor.*, chap. III, vers. 99.

2. *Cor.*, ch. IV, vers. 2.

« Remplissez vos engagements car, les engagements
« on en demandera compte (1). »

II

La loi Musulmane distingue deux minorités : la minorité quant à la personne qui a la durée de l'impuberté et la minorité quant aux biens dont la durée varie avec les rites.

Les personnes qui peuvent être appelées dit Malek sont : le père, le tuteur désigné par le père dans son testament (ouaci) et le magistrat.

La loi musulmane ignore l'administration légale. En droit musulman comme en droit anglais il n'y a qu'un régime unique pour la protection du mineur : la tutelle (2). Le père est donc de plein droit le tuteur de ses enfants.

Le père « dit Khalil, est le tuteur légitime de ses enfants mineurs » (3) après le père vient le tuteur nommé par lui, le tuteur testamentaire.

« La tutelle testamentaire dit Khalil n'est jamais confiée qu'à un musulman qui soit majeur, sain de raison, probe et sûre, capable de remplir les fonctions que lui impose la tutelle (4) ». Le tuteur testamentaire a le droit de refuser la charge de la

1. *Cor.*, ch. XXII, vers. 36.

2. Ghamraoui, cit., p. 221.

3. S. Khalil, trad. Seignette, art. 505.

4. Cf. S. Khalil, trad. Perron, t. VI, pp. 312-313.

tutelle mais à condition que ce soit du vivant du père. Mais s'il accepte il n'a plus alors le droit d'y renoncer à moins que, cette faculté ne lui ait été laissée par le testateur (1).

En dernier lieu vient le Cadi qui ordinairement se substitue un délégué appelé Mokaddem qui intervient comme mandataire, le magistrat restant en droit le tuteur. Le Mokaddem administre librement sous le contrôle du Cadi qui reste seul responsable vis-à-vis du mineur jusqu'à sa majorité.

Quand est-ce que le mineur devient rachid (*sui juris*) ?

1^o Quand c'est le père qui exerce la tutelle, le mineur est affranchi par « la puberté accompagnée de la capacité intellectuelle » (2).

2^o Quand la tutelle est assurée par le tuteur testamentaire ou par le tuteur judiciaire, la puberté ne libère plus que la personne du mineur. Il ne dispose de ses biens que par l'émancipation.

La loi statuant pour les premiers siècles de l'Islam, où la tutelle était une charge plus qu'une sinécure, exigeait du tuteur qui avait toujours hâte de donner mainlevée de l'interdiction, qu'il prouvât la capacité du mineur préalablement à son émancipation.

C'est donc au tuteur testamentaire et au tuteur judiciaire à lever l'interdiction qui frappe le mineur,

1. Morand, *Et. dr. mus. alg.*, pp. 141-142.

2. Leys, *op. cit.*, p. 100.

mais celui-ci est admis à s'adresser au Cadi et à solliciter de lui un jugement constatant son état de capacité. C'est un des points qui soulève le plus de critiques en Tunisie. Le Cadi s'entend souvent avec le tuteur testamentaire ou son Mokaddem pour reculer le plus loin possible la date de la reddition des comptes.

Laisser à des tuteurs souvent indécis l'appréciation arbitraire de l'aptitude de leurs pupilles à gérer leurs biens et leur donner le droit de fixer selon leur bon vouloir l'âge de la majorité est un système qui présente des inconvénients manifestes. C'est pour ne pas tomber dans cet inconvénient que la plupart des législations modernes ont déterminé un âge légal pour la majorité. L'article 488 du Code civil français le fixe à 21 ans (1).

III

Les pouvoirs du tuteur musulman quoique bien délimités en théorie sont en fait très étendus. On peut dire que le tuteur musulman a les mêmes pouvoirs que ceux conférés par l'article 450 du Code civil aux tuteurs français ; il administre le patrimoine de son pupille en bon père de famille, le représente dans tous les actes de la vie civile et répond en théorie des

1. Le dr. égyptien a d'abord fixé l'âge de la majorité pour les deux sexes à 18 ans (loi du 19 nov. 1896) puis il a déterminé cet âge quant aux biens à 21 ans (Décret-loi du 3 octobre 1925).

« dommages et intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion », la place du conseil de famille étant tenue par le Cadi.

Quant au père, tuteur de ses enfants mineurs ou interdits, il a des pouvoirs illimités puisque « il a le droit absolu, dit Khalil, de vendre leurs biens même sans donner aucun motif de l'aliénation » (1).

Le tuteur musulman n'a pas le droit cependant de disposer à titre gratuit des biens de son pupille et il y a un grand nombre d'actes qui lui sont interdits, notamment tous ceux qui ont pour objet l'aliénation à titre onéreux des immeubles du mineur et tous les actes dans lesquels le tuteur serait en opposition d'intérêts avec son pupille. Pour tous ces actes l'autorisation du Cadi est nécessaire ; mais ce magistrat n'est pas libre théoriquement de donner son autorisation comme il le veut. Il est lié par des textes qui ne l'autorisent à permettre l'aliénation d'un bien du mineur que « pour cause d'une *nécessité absolue* ou d'un *avantage évident* comme lorsque l'immeuble est grevé de droits seigneuriaux, ou indivis entre le mineur et des tiers, ou qu'il est devenu improductif et qu'il convient de faire emploi du prix en acquisition d'un immeuble plus avantageux, comme aussi lorsque les copropriétaires sont des gens non musulmans ou mauvais voisins, ou lorsque la licitation est

1. S. Khalil. trad. Seignette, art. 505.

demandée et que le mineur n'a point de fonds pour acquérir la totalité ou lorsqu'il y a crainte de dépréciation par suite d'un déplacement de population ou que l'immeuble est en mauvais état et que le mineur n'a pas de fonds disponibles pour les réparations ou qu'il en a mais qu'il soit préférable de vendre » (1).

Ce texte de Khalil est imprécis et laisse de côté un grand nombre d'opérations modernes. Aussi le droit égyptien tiré du rite hanéfite a-t-il imposé au tuteur l'autorisation préalable pour :

1° Acheter, vendre ou échanger des meubles, des immeubles ou constituer des droits réels sur les immeubles ;

2° Aliéner ou mettre en gage des titres ou valeurs mobilières ;

3° Diminuer les sûretés constituées en faveur du mineur, de l'interdit ou de à l'absent ;

4° Reconnaître une dette antérieure au décès du *de cujus* à l'interdiction ou l'absence ;

5° Transiger ou compromettre.

6° Procéder à un partage amiable. Dans ce cas l'homologation par le Maglis Hasby tient lieu de l'homologation prévue à l'article 456 du Code civil égyptien ;

7° Provoquer un partage judiciaire en cas de désaccord ;

8° Accepter une donation grevée de charges ;

9° Consentir des baux d'une durée de plus de trois ans ;

10° Emprunter ;

11° Placer des capitaux ;

12° Acheter pour eux-mêmes des biens appartenant aux mineurs, interdits ou absents qu'il représente, ou vendre à ceux-ci des biens leur appartenant ;

13° Prendre en location pour leur compte un bien du mineur, de l'interdit ou de l'absent ;

14° Accepter à leur profit la cession d'un droit ou d'une créance contre le mineur, l'interdit ou l'absent. »

Il y a à relever en Tunisie une garantie précieuse à ajouter à l'autorisation préalable du Cadi :

Dans le cas d'aliénation des biens du mineur le Cadi doit s'assurer que la vente a été faite aux enchères et au comptant et que l'adjudication a bien eu lieu au profit du dernier enchérisseur (i). Cette garantie est d'autant plus précieuse que c'est la seule qui reste en pratique, l'autorisation du Cadi étant devenue une simple formalité.

Tous les actes accomplis par le tuteur sans tenir compte de ces formalités et tous ceux qui tendent d'une manière quelconque à appauvrir le mineur

sont théoriquement nuls. Mais la nullité provoquée par le tuteur ou par le mineur devenu majeur n'est prononcée qu'en cas de lésion, le mineur n'étant pas restituable en tant que mineur mais s'il prouve qu'il a été lésé. Les actes accomplis avec l'autorisation du Cadi sont réguliers et opposables au mineur en toutes circonstances.

IV

Malgré ses ressemblances avec la tutelle romaine, la tutelle musulmane n'a édicté aucune mesure à prendre à l'ouverture de la tutelle pour déterminer l'étendue des biens du mineur. Le droit romain obligeait le tuteur à fournir des garanties au moment de son entrée en charge et lui imposait la responsabilité entière de sa gestion. Des voies de droit permettaient au mineur de faire valoir pleinement ses droits.

Dans le droit musulman telle a été la pensée certaine du Charaà : « Ceux qui dévorent iniquement l'héritage des orphelins, lit-on dans le Coran, introduisent le feu dans leurs entrailles et seront un jour consumés par les flammes ardentes » (1). Le châtiment, comme on le voit, est d'importance et de nature à maintenir dans la voie de l'honnêteté les musulmans des premiers siècles, à la foi parfaite.

1. Cor., chap. IV, vers. 10-11.

Mais dans le Fikh il a fallu prendre des dispositions s'appliquant aux musulmans de tous les siècles et prendre des sanctions qui puissent s'appliquer dans ce monde-ci.

L'évolution a été très lente dans tous les pays musulmans ; elle ne s'est pas encore accomplie en Tunisie ; mais l'Égypte, seul pays sous tutelle où évolue le plus librement et le plus sûrement la loi musulmane, ces lacunes du Fikh ont été réparées. Le législateur égyptien a prescrit comme acte obligatoire pour le tuteur à son entrée en fonctions l'inventaire. En effet l'article 20 du Décret loi portant organisation des Maglis Hasby est ainsi conçu :

« Dans les trois jours de leur nomination et avant leur entrée en possession, les tuteurs, curateurs ou procureurs devront procéder à l'inventaire des biens meubles, immeubles et des papiers de la succession, en présence d'un représentant de l'autorité administrative et contradictoirement avec tout intéressé qui se présenterait sans citation. L'inventaire sera dressé en double et signé par tous les assistants. » Cette opération s'accomplit sur la diligence du tuteur qui est chargé d'appeler le représentant de l'autorité administrative pour assister à l'inventaire. Sa négligence est passible d'une forte amende prononcée par le Maglis Hasby.

A défaut d'inventaire le droit musulman connaît la reddition des comptes de tutelle. En principe le

tuteur, dès l'instant où il cesse d'être en fonction, doit rendre compte de sa gestion en fournissant un état comparatif des recettes qu'il a faites et des dépenses qu'il a engagées.

Au chapitre des recettes doivent figurer tous les revenus du pupille, car comme en droit anglais, la charge de la tutelle est gratuite chez les Musulmans.

« Que le tuteur s'abstienne de toucher aux biens de son pupille. Celui qui est pauvre ne doit en user qu'avec discrétion » (1), mais une juste indemnité peut être due au tuteur s'il n'est pas aisé.

Le droit égyptien reconnaît au tuteur le droit à une rémunération s'il la demande, car on suppose qu'il ne la demande ordinairement que lorsqu'il est pauvre. Plus récemment l'article 49 du règlement du 24 novembre 1925 a posé le principe d'une indemnité à accorder au tuteur « si le tuteur, le curateur ou le procureur de l'absent demande une indemnité d'après l'importance des biens du mineur et le travail que l'administration des biens a exigé » (2).

La législation musulmane est assez large, et cela se comprend, avec un tuteur dont elle exige au moment de l'entrée en charge des qualités d'honnêteté et de haute moralité. Aussi a-t-elle établi une forte présomption en sa faveur.

Il est cru, en ce qui concerne l'état des comptes, la

1. Cor., chap. IV, vers. 6.

2. El Ghamraoui, *op. cit.*, p. 271.

consistance du patrimoine qu'il a eu à administrer et le montant des dépenses du pupille, sur sa seule affirmation, à moins que ses déclarations ne paraissent suspectes, auquel cas il est astreint au serment. Si une contestation s'élève entre le tuteur et son pupille c'est à ce dernier à faire la preuve de ses allégations par témoins selon le droit commun.

« Le tuteur déclare Sidi Khalil fait foi, jusqu'à preuve du contraire, du montant des dépenses annuelles du pupille. Au contraire la preuve lui incombe de la date à laquelle sa tutelle a commencé par le décès du testateur. La preuve lui incombe également de la remise des biens qu'il allègue avoir faites à son pupille devenu majeur » (1).

La loi admet ainsi à défaut de preuves deux présomptions en faveur du pupille qui est cru sur parole en ce qui concerne la date d'entrée en fonction du tuteur et sa déclaration sur la restitution d'un bien que le tuteur prétend avoir faite.

C'est au tuteur à faire la preuve de la remise des biens à son pupille sorti de tutelle. Cette sévérité à l'égard d'un tuteur qui est considéré comme un homme vertueux et digne de confiance par définition, s'explique :

« Lorsque vous leur rendez compte (aux pupilles) appelez des témoins, » est-il dit au Coran. Dieu

astreint donc le tuteur à se faire assister de témoins quand il fait sa reddition de comptes. Celui qui néglige cette précaution indispensable se rend suspect lui-même et mérite pleinement la situation désavantageuse dans laquelle le met le Fikh.

C'est dans le même esprit que la loi égyptienne exige du tuteur qu'il fournisse au Maglis Hasby l'état des recettes et des dépenses accompagné de toutes les pièces justificatives aux fins de vérification, et considère toute décharge donnée au tuteur par le mineur avant l'expiration d'un délai de six mois à partir de la date de la remise des comptes et pièces justificatives nulle et non avenue, à moins que ces comptes n'aient été déjà approuvés par le Maglis (1).

On voudrait bien voir cette réforme se réaliser en Tunisie, mais étant donné « l'état de péché collectif d'ignorance » de notre peuple il nous faut reconnaître qu'exiger du tuteur tunisien la justification par écrit de toutes les opérations qu'il a pu faire, pendant toute la durée de sa gestion, c'est lui demander purement et simplement l'impossible. Mais ces précautions qui se justifient dans un milieu plus évolué que le nôtre, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient avantageusement remplacées en Tunisie, par une meilleure organisation de la haute tutelle. On y parviendrait à notre modeste avis, en exigeant des autorités tutélaires :

1. Art. 33 du décret-loi de 1925.

1° Qu'elles procèdent elles-mêmes à l'établissement de l'inventaire selon la procédure égyptienne et qu'elles aient le droit d'intervenir dans toutes les successions où il y aurait des mineurs ;

2° Qu'elles tiennent des registres formés par les copies des demandes d'autorisations présentées par les tuteurs pour toute aliénation ou opération importante, autorisations qui ne seraient accordées qu'à bon escient.

V

La question du contrôle de la tutelle est la plaie de la matière en Tunisie. Le droit qui la régit semble s'être arrêté à l'âge d'or des premiers siècles. Peu ou point de textes précis. Tout au plus peut-on citer l'art. 2150 du précis de Sidi Khalil (traduction Seignette) qui reconnaît au mineur en cas de pluralité de tuteurs une sorte de privilège qui diminue ses risques de remboursement, car les différents tuteurs sont alors solidaires et ne jouissent pas du bénéfice de division. En dehors de ce cas l'œuvre du législateur musulman s'est attachée de préférence au système préventif : le contrôle du Cadi qui, comme on l'a vu, doit s'assurer que l'on est bien dans un des cas prévus par la loi, avant d'accorder, pour l'aliénation des immeubles, l'autorisation que le tuteur demande.

Le Cadi peut contrôler en tous temps la gestion

du tuteur et imposer la reddition des comptes à époques déterminées dès qu'il y a lieu de craindre que les intérêts du mineur vont être compromis. En cas de motifs graves ou d'actes d'improbité flagrants, il peut soit destituer le tuteur, soit selon les rites Hanafite, Chaféite et Hambélite lui nommer un subrogé tuteur (1).

« Tout tuteur peut être révoqué sur preuves reconnues valables, » dit Ibn el Assem et d'après le Cheikh Tesouli « le cadi peut retirer la tutelle lorsque le tuteur a commis des actes d'improbité ou qu'un dérangement est survenu dans ses facultés » (2).

Le contrôle du Cadi peut être absolu sur le mokaddem, véritable mandataire, mais en pratique il est rarement exercé.

Enfin ce contrôle s'atténue sérieusement quand il s'agit, non plus du tuteur ou du mokaddem, mais du Cadi lui-même cumulant sur sa tête l'autorité tutélaire et la tutelle.

VI

« La structure de la haute tutelle varie suivant les pays. Elle est en France un organisme familial,

1. Le décret-loi du 3 octobre 1925 portant organisation des Maglis Hasby envisage dans différents articles la possibilité pour ces conseils de nommer, le cas échéant, des subrogés tuteurs et même des subrogés curateurs (pour les interdits). V. Ghamraoui, *loc. cit.*, p. 261.

2. Cf. Santayra et Cherbonneau, *loc. cit.*, t. I, p. 369.

en Egypte et en Angleterre elle est un organisme d'Etat ; en Suisse c'est un organisme d'Etat aussi, mais le conseil de famille joue encore un rôle dans certains cas » (1).

De tous temps l'intérêt bien compris des mineurs a commandé le contrôle de la tutelle par un organisme supérieur constituant la haute tutelle. Le droit romain connaissait ce dualisme et à l'heure actuelle il existe dans toutes les législations modernes. Mais si quelques pays suivent, tout en le critiquant, le système familial, les autres comme l'Angleterre, l'Allemagne et les pays musulmans préfèrent le système étatiste où le tuteur, plus libre dans sa gestion, est soumis au contrôle direct de l'autorité tutélaire.

Un peu partout, « c'est vers ce système dont la supériorité s'est révélée que s'orientent les réformes en cette matière » (2). C'est dans ce sens que doit s'orienter la réorganisation de la haute tutelle en Tunisie.

Etant donné le grand nombre des mokaddens et tuteurs et l'accroissement toujours grandissant des transactions importantes qu'ils sont amenés à faire aux lieu et place de leurs pupilles, les Cadis sont à l'heure actuelle, de toute évidence, incapables de remplir leur immense tâche à la satisfaction des intéressés. Ils en sont d'autant moins qualifiés que

1. 2. Ghamraoui, *loc. cit.*, p. 320.

l'ignorance de la plupart d'entre eux, en matière de comptabilité si simple soit-elle, est notoire et la complaisance excessive de quelques-uns pour les agissements de certains mokaddem proverbiale dans tout le pays.

Aussi le remplacement du Cadi comme autorité tutélaire par une sorte de Maglis Ilasby, une direction de la haute tutelle, tenue par des textes codifiés auparavant et dont les cadres seraient recrutés parmi de vieux fonctionnaires tunisiens expérimentés et de jeunes diplômés de l'Université de la Grande Mosquée, serait-elle, à notre avis, une des mesures les plus urgentes à prendre.

Un timide essai d'étatisation de la tutelle a été réalisée dans ce sens en Algérie, mais il n'eut aucun succès parce qu'il comportait des difficultés d'exécution sans nombre et ne créait comme support aux mesures édictées aucun organisme central. L'art. 2 de l'arrêté du 2 novembre 1855 ordonnait en effet le versement au Beit el Mal (Trésor public) des sommes perçues durant sa gestion par le tuteur, et le décret du 13 décembre 1866 art. 40 prescrivait la tenue obligatoire d'un registre dans toutes les successions où existent des incapables dont il s'agit de prendre en main les intérêts. Mais il n'était nullement question de la création d'un service des tutelles et pour la même opération il fallait faire intervenir des bureaux divers d'administrations différentes.

C'est en Egypte que l'évolution de la haute tutelle s'est accomplie de la façon la plus heureuse. De bonne heure elle fut enlevée au juge musulman et donnée à un organisme appelé Beit el Mal qui fut remplacé le 19 novembre 1896 par des Conseils de comptes, les Maglis Hasbys ayant des pouvoirs très étendus en matière de tutelle. La compétence de ces Maglis fut grandement élargie par le décret-loi de 1925. Après avoir été des juridictions appliquant la loi aux seuls musulmans « elle comprend maintenant dans les cas énumérés par la loi, toute personne domiciliée en Egypte sans distinction ni de religion, ni en principe, de nationalité, à moins que les lois ou les traités n'en disposent autrement » (1).

« Ces maglis sont compétents sur les questions suivantes :

1^o La nomination des tuteurs au mineur ou aux enfants conçus, des curateurs aux interdits et des procureurs aux absents ;

2^o La confirmation des tuteurs testamentaires reconnus aptes à la tutelle ;

3^o La nomination des subrogés tuteurs, curateurs et procureurs ;

4^o La révocation de tous ces représentants, leur remplacement ou l'acceptation de leur démission ;

5^o L'interdiction des incapables et la mainlevée de l'interdiction ;

1. Ghamraoui, *loc. cit.*, p. 326.

6° Le maintien de la tutelle au delà de 21 ans s'il y a lieu ;

7° L'interdiction au mineur âgé de 18 ans de faire certains actes d'administration ;

8° La désignation d'un représentant *ad litem* pour ester en justice dans l'intérêt du mineur, de l'interdit ou de l'absent dans le cas de conflit d'intérêts avec le tuteur, curateur ou procureur ;

9° La surveillance de la gestion des tuteurs curateurs ou procureurs, l'examen de leurs comptes et les mesures urgentes à prendre pour la sauvegarde des intérêts des mineurs, incapables ou absents ; le retrait aux tuteurs légaux « Walis » en tout ou en partie de leurs pouvoirs sur les biens des personnes soumises à leur puissance » (1).

C'est en gros le système que tous les musulmans tunisiens voudraient voir appliquer dans leur pays. Certes, nous n'avons nullement la prétention de voir soumettre à la Direction de la Haute Tutelle qu'il serait souhaitable de créer, les étrangers de nationalité non tunisienne, les naturalisés français ou les Israélites tunisiens. Telle ne peut être notre pensée car nous savons ne pas demander l'impossible. Mais et nous croyons l'avoir suffisamment indiqué dans ce chapitre, le régime des tutelles ne peut évoluer en Tunisie que dans le cadre de la loi musulmane. Le système étatiste de la tutelle, système anglo-alle-

1. Ghamraoui, pp. 325-326.

mand vers lequel s'orientent toutes les législations modernes cadre à merveille avec l'esprit de l'organisation de la haute tutelle en droit musulman.

C'est dans ce sens et dans ce sens-là seul que doit être réorganisée l'institution musulmane de la haute tutelle qui, comportant comme organes principaux un tuteur et une autorité tutélaire qui le contrôle directement, ne peut se concilier avec le système familial français critiqué à juste titre pour la complexité de sa structure.

IV. — Des successions.

Pour bien comprendre la pensée du Législateur musulman il est indispensable de jeter un regard en arrière, sur la période antéislamique, la « Jahilyya ».

La Jahilyya est la période arabe où régnait la famille agnatique; celle où ceux qui en remontant de mâle en mâle rencontraient un ancêtre commun se considéraient comme issus d'un même sang.

Pareille Société ne connaissait pas la parenté par la femme et n'attribuait de valeur qu'à la seule parenté par le mâle. « Les fils de nos fils sont nos fils, dit un certain poète antéislamique, mais les fils de nos filles sont les fils d'étrangers. » Cette idée du lien de famille était reçue non seulement par les Sémites mais aussi par les Romains de l'antiquité où seul le mâle avait une personnalité juridique.

Les enfants du sexe féminin et les épouses étaient considérés comme des étrangères parce que, disait-on, naturellement appelées à quitter tôt ou tard la tente paternelle.

Les femmes avaient donc au point de vue juridique une situation nettement inférieure et étaient souvent impitoyablement exclues de l'hérédité. Bien plus elles étaient considérées comme des choses faisant partie de la succession et à la mort du *pater familias* elles étaient transmises en cette qualité aux héritiers. Loin d'hériter elles étaient héritées (1).

1. « Quelques mots suffiront à caractériser l'incapacité successorale de l'époux, dit M. Marçais ; bien loin qu'elle eût un droit à la succession de son conjoint prédécédé, elle était elle-même une partie de cette succession ». (W. Marçais, *Des parents et alliés successibles en dr. musul.*).

Cet héritage se faisait d'une façon symbolique par l'aîné de la famille, qui affirmait son droit sur la veuve en étendant sur elle son manteau. On retrouvait, il n'y a pas longtemps, chez les Berbères Nord Africains habitant les montagnes du Djurdjura ou de l'atlas, le même manteau symbolique étendu au décès d'un des leurs sur les femmes qu'il laissait en héritage.

Est-ce une persistance des coutumes de la Jahilyya importées par ces Arabes ?

Est-ce que ce fait prouverait l'origine sémitique des Berbères affirmée par le célèbre historien, Ibn Khaldoun ? Nous ne pouvons le dire. Mais l'une et l'autre de ces hypothèses rendent bien compte de la merveilleuse facilité avec laquelle la civilisation arabe s'est implantée chez des populations jusque-là réfractaires à tous les courants qui ont passé sans les assimiler (Carthaginois, Romains, Vandales, etc..) et conservant presque intacts leurs caractères génériques. C'est ce qui explique de même que l'extension de la loi musulmane aux Berbères Nord Africains a toujours été appréciée comme un grand progrès sur les vieilles coutumes Kabyles.

Dès la première heure de l'Islamisme le Coran est venu relever la femme de sa déchéance juridique et condamner en termes catégoriques la pratique de l'héritage de la femme. « Il ne vous est pas permis de recueillir les femmes à titre de succession contre leur gré » (1) est-il dit dans le Coran.

Le prophète « trouvait manifestement injuste que les veuves et parfois même les membres les plus proches de la famille comme la mère, les sœurs, les filles, les frères utérins, etc..., fussent non seulement exclues par des neveux ou arrière-neveux mais qu'à défaut de ceux-ci, la succession fût déclarée vacante et fit retour à la tribu ou à l'Etat » (2). Aussi le Charaâ a-t-il vivement réagi contre la situation désavantageuse où se trouvait la femme de la Jahilyya. Il s'en faut de beaucoup que l'Islamisme ait donné à la musulmane la place à laquelle aspire la femme féministe des temps modernes. Certes ! elle n'eut pas l'égalité parfaite avec l'homme mais de rien qu'elle était, la loi Coranique en fit une personne juridique aux droits bien définis. Elle fut relevée de son incapacité successorale et eut comme part dans l'hérédité la moitié de celle du mâle, ce qui était un progrès immense pour l'époque.

La loi successorale tout entière est contenue dans huit versets du Coran qui forment « un petit code

1. Cor., ch. IV, vers 23.

2. Van den Berg, *Pr. de dr. mus.*, p. 76.

successoral sans avoir néanmoins la valeur d'un système » (1). A côté de ces huit versets il existe plus de mille hadith. L'œuvre des juristes musulmans connus sous le nom de « Faradys » a été de « tirer des quelques règles posées par le Coran et la Sounnat un système d'ensemble, faire effort pour coordonner, compléter, relier entre elles ces décisions originales isolées et fragmentaires, les revêtir de l'appareil logique d'une théorie et créer une méthode pour leur étude » (2).

Le Précis de Khalil traite de la matière en quatre pages mais tous les professeurs de la Grande Mosquée de Tunis qui se respectent s'y attardent quelques années car pour les Musulmans selon un Hadith du Prophète Mohamed « la loi des successions est la moitié de la science ».

VI. — Dévolution successorale.

Deux éléments importants et qui reflètent l'état social des tribus Arabes aux époques de l'idolâtrie faisaient acquérir avant l'Islam le droit d'hériter.

a) la parenté.

b) l'Ahde.

a) Par la parenté on n'entendait pas du tout, la

1. Marcais, *op cit.*, p. 47, note 1. Cf. versets 8-12-13-14-15-175 de la Soura Ennisa (chap. IV).

2. Marcais, *op. cit.*, p. 49.

parenté des deux sexes car comme nous l'avons déjà vu les parents du sexe féminin n'avaient pas le droit d'hérédité. A cette classe importante d'exclus il faut ajouter les garçons en bas âge. Le principe qui régissait les successions répondait à la préoccupation vitale des tribus de ne laisser leurs biens qu'aux parents adultes de sexe masculin seuls capables de porter les armes et de s'en servir pour défendre le patrimoine familial lorsqu'il est attaqué et pour l'enrichir par le butin le cas échéant.

c) L'ahde était une sorte de pacte d'honneur qui se passait par des formules sacramentelles, des serments religieux la plupart du temps et liant irrévocablement deux hommes entre eux ou un chef de famille à celui qu'il adopte. La formule employée était la suivante : « Mon sang et le vôtre ne font qu'un, mon habit et le votre n'en forment qu'un seul. Je m'érige votre héritier et vous êtes le mien. Je suis votre vengeur et vous devez me venger (1). » Une fois ces paroles prononcées, les deux hommes de l'ahde se tenaient pour frères, le survivant des deux devant hériter du patrimoine laissé par l'autre.

L'Islam est venu transformer complètement ce droit archaïque.

Les héritiers eurent par le seul fait du décès la

1. Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasci. II, p. 22.

saisine légale faisant passer immédiatement la succession du *de cujus* dans leur patrimoine propre.

Pour succéder il faut remplir selon la loi musulmane quatre conditions :

1^o Etre vivant et ici le droit musulman, se rapproche du droit romain en ce qu'il admet la règle *puer conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, l'enfant conçu ayant un droit successoral quoique incertain, et s'éloigne du droit français en ce qu'il admet que l'enfant conçu devient héritier une fois son corps sorti entièrement mourut-il aussitôt et non pas dans le cas seulement ou il est né viable.

2^o Professer la même religion que le *de cujus*.

3^o Etre uni au *de cujus* par un lien de parenté ou d'alliance déterminé par le charaâ.

4^o Ne pas être indigne en ayant par exemple attenté à la vie du *de cujus*.

Les difficultés du droit successoral musulman proviennent, d'une part de la complexité des parentés qui surgissent comme conséquence de la polygamie et du grand nombre de répudiation, et d'autre part du nombre relativement restreint des versets du Coran régissant la matière. Mais il ne faut pas s'exagérer la complexité du système successoral musulman et la connaissance de quelques simples règles d'arithmétique telle la réduction des fractions au plus petit commun dénominateur suffit souvent

pour trancher les cas les plus affolants aux yeux de quelques vénérables notaires de villages.



L'idée générale sur laquelle se base le droit successoral de la loi Coranique n'est plus celle de l'ancienne tribu arabe farouchement jalouse de son indépendance.

« Le prophète, dit M. Clavel, ne prit plus pour base de la dévolution l'intérêt collectif du groupe familial, mais l'affection présumée que tout individu doit ressentir pour ceux qui sont unis à lui par les liens du sang ou de la parenté. Il admit donc que certains proches parents du défunt généralement exclus avant lui auraient droit à une partie déterminée de ses biens, à une réserve ou légitime et ce n'est qu'après ces prélèvements que les héritiers universels furent appelés à la succession (1). »

En droit musulman il y a donc deux grandes catégories d'héritiers, ceux qui ont droit à une réserve et qu'on appelle les ahl-al fardh, les réservataires et ceux qui ne sont appelés à la succession que lorsque les premiers ont prélevé leur part légitime et qui ne sont autres que les héritiers universels, les Acebs.

1. Cf. Clavel, *Du statut personnel et des successions*. Paris, 1895 p. 5.

A. HÉRITIERS A RÉSERVE. — Ahl al Fardh. Le partage ne se fait entre eux qu'après le prélèvement du passif de la succession et la délivrance des legs. Souvent le partage ne se fait pas et de père en fils on vit dans l'indivision : c'est une source de complications à ajouter à celles que nous avons citées plus haut.

Le Coran a déterminé le rang et la quotité qui revient à chacun des héritiers réservataires.

a) *Époux* . — Il reçoit la moitié de la succession de sa femme prédécédée dans le cas où elle meurt sans laisser ni enfants, ni enfants du fils. Au cas contraire le mari voit sa part réduite au quart.

Conformément à la règle générale du droit musulman qui reconnaît à l'homme une part double de celle de la femme, l'épouse dans les mêmes conditions envisagées pour le mari aura soit le quart soit le huitième de la succession. Si le mari laisse plusieurs veuves, la loi musulmane les traite sur le même pied d'égalité en leur donnant à chacune comme dans le cas d'une seule, soit un quart, soit un huitième.

b) *Mère*. — Il y a à distinguer :

1^o Si le *de cujus* est mort sans laisser d'enfants ou des enfants du fils ou bien encore deux ou plusieurs frères ou sœurs la mère est appelée pour un tiers dans la succession de son fils.

2^o Au cas contraire sa part est réduite au sixième.

3^o En cas de concours de l'époux ou de l'épouse avec la mère (ou le père) du *de cuius* la part de l'époux ou de l'épouse est d'abord prélevée, la mère ne prenant son tiers que de ce qui reste.

c) *Grand-mère et arrière-grand-mère.*— Elles prennent le sixième de l'héritage de leurs petits enfants. Si elles sont plusieurs elles reçoivent conjointement cette quotité.

d) *Fille.*— La fille ou la petite-fille recueille la moitié de la succession. Deux ou plusieurs filles ou petites-filles reçoivent conjointement les deux tiers.

En cas de concours d'une fille avec une fille du fils, la première a la moitié la seconde touche le sixième.

e) *Frères et sœurs.*— On leur donne la même quotité que celle qui revient aux filles ou petites-filles c'est-à-dire soit la moitié soit les deux tiers.

Chez les Malékites et les Chaféites la sœur consanguine ne reçoit qu'un sixième si elle est en concours avec une sœur germaine qui prend dans ce cas la moitié.

Quant au frère utérin (ou la sœur utérine) il a droit à un sixième.

f) *Père et grand-père.*— Il s'agit de distinguer le rite hanéfite qui leur donne un sixième lorsqu'ils sont en concurrence avec des fils ou des fils du fils et le rite malékite qui leur reconnaît la même quotité

mais seulement quant ils sont avec des enfants ou des enfants du fils.

B. HÉRITIERS UNIVERSELS OU ACEBS.— Cette catégorie d'héritiers ne vient que s'il reste encore un actif après le prélèvement des parts des héritiers réservataires.

Les açabat se divisent en trois catégories :

a) *Les açabat-bi Nafsouh, les héritiers universels ou acebs par eux-mêmes.*— L'aceb bi-nafsouh est l'agnat du droit romain. C'est le parent mâle qui est uni au défunt par les seuls mâles. Cette catégorie ne comprend que des hommes ; c'est par exemple la ligne descendante de mâle en mâle ou la ligne latérale directe à défaut de père ou d'ascendant paternel.

b) *Les açaba-bi Ghairouh, les acebs par un autre parent.*— Cette classe comprend la femme concourant avec son père germain ou consanguin, la fille, la petite-fille, la sœur germaine et la sœur consanguine venant en concours avec un aceb *proprio jure* (père ou neveu).

c) *Les acaba-maà glairouh.*— Les acebs avec un autre parent. C'est la sœur germaine ou consanguine qui venant en concurrence avec des filles ou petites-filles issues du fils reçoit ce qui reste après que ces derniers quoique ne venant pas comme acebs *proprio jure* aient prélevé leurs parts.

C. Il y a encore à citer la classe des dhaoui-l-arham

les cognats qui viennent après les héritiers fardhs et acebs s'il y a encore un reste dans la succession. Ce sont eux qui n'étant ni réservataires, ni héritiers universels viennent quand même à la succession comme héritiers acebs en l'absence d'autres successeurs dans une des classes supérieures.

A leur défaut c'est le Beit El Mal, le Trésor public, qui vient à la succession. Enfin les juristes ont imaginé un grand nombre de cas irréguliers que les cadres limités de cette étude nous obligent à laisser de côté.

Toutes ces catégories d'héritiers et de successeurs sont admises telles que nous les avons étudiées dans le rite hanafite, un des deux rites admis en Tunisie. Il nous reste à parler de la dévolution successorale malékite, beaucoup plus simple et qui constitue en somme le droit commun en Tunisie.

Les différences entre ces deux rites sont relatives aux héritiers universels ou acebs. Contrairement aux hanafites qui admettent les acebs quelque soit leur degré de parenté, les Malékites enseignent que les héritiers universels ne viennent à la succession que jusqu'au sixième degré inclusivement. Quant à la classe des héritiers réservataires, ahl-al-fardh, toutes les écoles admettent unanimement, en ce qui les concerne, les prescriptions du Charaà qui tranchent d'une façon absolue, les questions de rang et de quotité à leur fixer.

Voici d'ailleurs, en cette matière l'opinion admise en Tunisie du grand jurisconsulte Sidi Khalil.

« Plusieurs héritiers à réserve passent parfois de la classe des acebs, ce sont la fille et la petite-fille venant à la succession avec un frère du même degré qu'elles ; la petite-fille devient également aceb lorsqu'elle concourt avec un frère d'un degré inférieur (un neveu à elle).

« La sœur germaine et la sœur consanguine, lorsqu'elles ont des pères du même degré qu'elles, le grand-père, la fille et la petite-fille, placent également la sœur germaine et la sœur consanguine au rang d'acebs.

« L'aïeul partage avec la sœur germaine ou consanguine dans le cas d'akdaria (ainsi appelé parce qu'il fut examiné pour la première fois par le jurisconsulte Akdar). La succession comprend, dans cette hypothèse : le mari, le grand-père, la mère et une sœur germaine ou consanguine. Dans les autres cas, l'aïeul concourant avec la sœur prend la part qui lui est dévolue, comme héritier réservatoire.

« Des héritiers peuvent avoir la double qualité d'héritiers à réserve et d'héritiers acebs, ce sont : le père, le grand-père en concours avec une ou plusieurs filles ou petites-filles, et le cousin paternel lorsqu'il est en même temps frère utérin. Lorsque les femmes deviennent acebs et qu'elles concourent avec d'autres acebs du sexe masculin elles prennent

chacune une part égale à la moitié de la part de chaque homme. »

Nous donnons ci-contre un tableau dressé par l'Imam tunisien Ibn Arafa reproduit par plusieurs auteurs français notamment MM. Sautayra et Cherbonneau et M. Clavel, dans l'espoir qu'il sera de quelque utilité pour tous qui par profession peuvent avoir à s'occuper du droit successoral musulman.

<i>t</i>	totalité
<i>r</i>	le reste
<i>c</i>	en concours
<i>ch</i>	choix
<i>o</i>	rien
<i>2</i>	moitié
<i>3</i>	le tiers
<i>3'</i>	les deux tiers
<i>4</i>	le quart
<i>6</i>	le sixième
<i>8</i>	le huitième

Pour avoir les parts revenant à deux héritiers venant en concours, on procède comme pour la table de multiplication de Pythagore. On se reporte à l'héritier du degré le plus éloigné et on descend la ligne verticale, puis on prend la case qui correspond à l'héritier du degré le plus proche et on suit la ligne horizontale jusqu'à la case d'intersection avec la verticale. Cette case nous donne les parts à attribuer à chacun des deux héritiers.

Avant de terminer cet important chapitre des

successions « moitié de la science religieuse » nous croyons utile de donner la règle de l'Aoul règle de la réduction proportionnelle.

Lorsque la somme des parts déterminée plus haut dépasse l'unité et cela arrive souvent il y a lieu à la réduction proportionnelle à l'Aoul en élevant le dénominateur commun des fractions héréditaires à la somme des numérateurs lesquels restent invariables. Cette règle assure d'une manière élégante la proportion divine, la Nisbah édictée par le Coran. Un exemple fera mieux ressortir le mécanisme de cette règle.

Exemple : Une femme meurt laissant son époux, sa mère, et une sœur germaine.

En nous servant du tableau d'Ibn Arafa prenons celui qui a le degré le plus bas c'est-à-dire l'époux et mettons-le en concours respectivement avec la mère et la sœur germaine.

Nous trouvons dans le premier cas à la case d'interception :

	mère	
	3	
époux	2	c'est-à-dire pour l'époux $1/2$ et pour la mère $1/3$.

Dans le second cas nous avons :

Sœur germaine
2

époux 2 c'est-à-dire $\frac{1}{2}$ pour l'époux et
un $\frac{1}{2}$ pour la sœur germaine.

Mais les fractions $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{2}$ réduisent au plus petit commun dénominateur donnent :

$\frac{3}{6} + \frac{3}{6} + \frac{2}{6} = \frac{8}{6}$ c'est-à-dire une fraction supérieure à l'unité de : $\frac{2}{6}$.

La règle de l'Aoul nous permet de diviser la succession en huit parties aliquotes et d'en donner trois au mari, trois à la sœur germaine et deux à la mère.

Et ainsi la proportion des parts est assurée.

[illegible]

CHAPITRE V

COMPÉTENCE IMMOBILIÈRE DU TRIBUNAL DU CHARAA

Le tribunal du Charaà reste seul compétent :

- a)* En matière de propriété ou de droits réels concernant tous les immeubles non immatriculés. Mais il connaît seulement du pétitoire c'est-à-dire des contestations portant sur le fond même du droit de propriété, le possessoire des immeubles non immatriculés étant de la connaissance du tribunal séculier de l'Ouzara.
- b)* En matière de habous ou clauses d'inaliénabilité et de consécration du fonds à des fondations pieuses.
- c)* En matière de retrait (chefaât).

PREMIÈRE SECTION.

Le régime des immeubles et les problèmes qu'il soulève en Tunisie.

Le décret beylical du 25 mai 1856 reconnaît au charaà la connaissance de tous les litiges immobiliers, quelle que soit la nationalité des parties en

présence, et la compétence du charaà a toujours été réservée dans les traités et chartes qui accordaient aux étrangers le droit de posséder à certaines conditions des immeubles en Tunisie.

Il est bien entendu dit l'article 143 de la Constitution du 26 avril 1861 « que les sujets étrangers qui posséderont des immeubles dans les localités désignées seront soumis aux lois établies ou à établir par la suite à l'égal des sujets tunisiens ».

Le 1^{er} juillet 1885 le bey promulgue une loi française portant modification complète de l'assiette des immeubles qui ont été soumis à une procédure déterminée d'immatriculation foncière.

Tous les immeubles immatriculés ne sont plus gouvernés par la loi de leur situation, mais par la loi française ; et tous les litiges y afférant relèvent d'un nouveau tribunal : le tribunal mixte jugeant en premier et dernier ressort et où à côté des magistrats français siègent des juges musulmans.

La nationalité des parties n'intervient plus et fusent-elles toutes tunisiennes, c'est la loi française qui les régit et le tribunal mixte qui est compétent.

Quant aux immeubles non soumis à la loi du 1^{er} juillet 1885, les tribunaux français créés par la loi du 27 mars 1883, et successeurs directs des juridictions consulaires sont de l'accord presque unanime incompetents pour en connaître. Cette incompetence est à notre avis absolue que les deux par-

ties en cause soient de nationalité tunisienne ou que l'une d'elles soit un français ou assimilé français. Cependant le dernier point de vue est très controversé, et les deux jurisprudences algérienne et tunisienne sont nettement en désaccord là-dessus.

La jurisprudence algérienne reconnaît à cette incompétence un caractère absolu. Elle est d'ordre public affirme-t-elle et c'est au tribunal à la prononcer (1).

Les tribunaux français de Tunisie au contraire ne veulent voir dans cette incompétence qu'une incompétence relative à soulever seulement par le sujet tunisien (2).

I

Il est inadmissible, s'écrie-t-on souvent en Tunisie, voire même « néfaste » (3) pour la prépondérance française de laisser le Charaà compétent en matière immobilière dans les affaires où se trouvent en cause des justiciables européens.

1. V. Alger, 1^{re} ch., 21 juill. 1890 (*J. T. T.* 90-316); Alger, 1^{re} ch. (13 avr. 1896) *J. T.* 96-453), etc...

2. *J. T. T.* 95-13, note 1 et Tunis, 1^{re} ch. 14 juin 1889; Tunis, 2^e ch., 13 janvier 1890 (*J. T.* 90-196); Tunis, 2^e ch., 16 déc. 1890 (*J. T.* 94-349). Tunis, 2^e ch., 31 oct. 1894 (*J. T. T.* 95-12); Tunis, 2^e ch., 23 oct. 1895 (*J. T.* 95-540); Tunis, 2^e ch., 10 janv. 1894 (*J. T.* 94-105).

3. Cf. V. Bismut, *Essai sur la dualité législative et judiciaire en Tunisie*. Dijon, 1922, pp. 237 et s.

Cette critique surtout sous sa formule brutale est injuste.

a) Le Charaà peut connaître effectivement des affaires intéressant des non-musulmans et la Cour d'Alger a reconnu à maintes reprises sa compétence dans les litiges intéressant des tunisiens et des étrangers (1). Mais les décisions abondent qui écartent pour les non-tunisiens l'application intégrale du droit musulman. C'est ainsi que la jurisprudence des tribunaux français considère les décisions rendues par le Charaà contre un Français en son absence comme ne lui étant pas opposables malgré le principe contraire de la loi musulmane (2) et que les jugements du Charaà peuvent être réformés bien que rendus en dernier ressort et sans recours possible (3).

b) D'après la loi du 27 mars 1883 les tribunaux français ont qualité pour connaître de toutes les contestations en matière réelle immobilière lorsque les parties en présence sont françaises ou assimilées. De plus ces tribunaux se reconnaissent compétents à l'égard des litiges entre Français et Tunisiens à propos d'immeubles immatriculés et même non immatriculés quand les parties tunisiennes n'ont pas décliné cette compétence dès le début du procès.

1. V. Alger, 21 juill. 1890, *J. T.* 90, 316.

2. Paris, 29 janv. 1885, *J. T.* 90, 366.

3. Tunis, 6 juin 1890, *J. T.* 96, 231.

c) D'autre part les jugements du tribunal du Charaà ne sont exécutoires à l'encontre des justiciables français ou étrangers qu'après l'exequatur des tribunaux français.

d) Enfin il y a un argument qui prime tous les autres et rend superflue les discussions sur la question de savoir si les tribunaux français, dans la procédure de l'exequatur, doivent se borner au seul examen de la régularité de la forme ou si au contraire la juridiction française a le droit de porter son examen sur le fond même de la sentence rendue par le tribunal musulman. Cet argument, c'est la loi foncière du 1^{er} juillet 1885 qui nous le donne. En enlevant au tribunal du Charaà toute compétence en matière d'immeubles immatriculés ou en cours d'immatriculation elle a apporté aux justiciables français ou assimilés un moyen ingénieux et infailible d'échapper à la juridiction du Charaà. Elle leur a donné le droit d'en décliner la compétence *in limine litis* en présentant une réquisition d'immatriculation de l'immeuble en litige devant le Tribunal mixte.

II

Si l'on écoutait certains mauvais esprits qui oublient trop souvent que le protectorat implique la co-existence loyale de deux souverainetés indépendantes, on ferait passer du jour au lendemain

d'un trait de plume tout le régime immobilier en Tunisie sous le domaine de la loi française.

Nous avouons pour notre part ne pas comprendre cette insistance à vouloir toucher à une institution purement religieuse qui ne connaît des affaires ou entrent les justiciables français ou assimilés que s'ils le veulent bien.

En l'état actuel des choses on est forcé de convenir que le régime de la propriété tunisienne comportant des titres rédigés en arabe compliqués et d'une lecture difficile, ne peut passer sous l'empire d'un autre régime sans créer de grandes injustices et un désordre difficile à imaginer. Le remède sera pire que le prétendu mal que l'on veut extirper.

A côté de ces raisons d'ordre purement judiciaire on pourrait citer des raisons de politique générale dérivant des traités qui rattachent la Tunisie à la France, traités dans lesquels le Bey souverain s'est réservé la prérogative exclusive de rendre la justice à ses nationaux tunisiens.

La France s'est engagée à maintes reprises « à maintenir et à respecter la religion, les mœurs, et les institutions des indigènes ».

L'article 1^{er} de la convention de la Marsa du 8 juin 1883 donne il est vrai au Gouvernement du Protectorat le droit d'obliger S. A. le Bey à procéder aux réformes administratives, judiciaires et

financières qui lui paraîtraient indispensables à l'accomplissement de son Protectorat.

« Mais, dirons-nous avec M. Nissim Samama, en quoi — et c'est là une objection importante, — la substitution de la justice française à la justice beylicale dans les procès où les indigènes sont seuls intéressés, faciliterait-elle au Gouvernement français l'accomplissement de son protectorat ? (1) »

Le supprimer ou le laïciser en y introduisant des fonctionnaires français ou tunisiens serait à n'en point douter une atteinte très grave, qui sera douloureusement ressentie, à la religion qu'on s'est engagée à respecter, sans aucun profit pour la France, car comme le dit si bien un ancien magistrat français à Tunis : « Ce qui justement semble manquer en l'espèce, c'est l'intérêt qu'il y aurait à faire une si profonde modification, à construire un organisme si compliqué, à se lancer si complètement dans l'inconnu et dans l'aventure, alors que rien n'autorise à penser qu'il est impossible de perfectionner l'instrument actuel, de le rendre tout à fait convenable à la réalisation des utilités qu'on est en droit d'en attendre, au lieu de le rejeter comme impropre à tout service. » « Nous en arrivons donc à conclure, ajoute M. S. Berge, que le meilleur système à

1. Congrès de l'Afrique du Nord (tenu à Paris du 6 au 10 octobre 1908). Rapport Nissim Samama, p. 368.

suivre à l'avenir en Tunisie en matière de justice est le perfectionnement de ce qui existe (1). »

« Améliorer sans détruire, » selon le mot de J. Ferry, voilà le principe que nous faisons également nôtre. C'est la formule qui à notre sens s'harmonise le mieux avec la situation tunisienne où doivent régner sous le protectorat français deux juridictions également indépendantes, émanations vivantes de deux souverainetés différentes : la justice tunisienne religieuse et séculière s'appliquant à tous les sujets de S. A. le Bey et la justice française régissant les nationaux français et assimilés.

Nous reconnaissons certes tous les défauts de l'organisation des tribunaux religieux du Charaâ. Nul plus que nous ne souffre des injustices que créent des méthodes d'un autre âge et les lenteurs d'une procédure désespérante. Mais le voudrait-on, il est difficile de se débarrasser d'un droit qui régit notre société depuis bientôt quatorze siècles. Cela ne serait même pas souhaitable, car à l'ordre établi et au statut familial ancestral succéderaient certainement le désarroi moral et l'anarchie sociale. Cette idée est si vraie pour toutes les sociétés que le code Napoléon, aboutissement, pourtant, d'un grand effort de doctrine et d'une longue évolution sociale, a comporté, malgré lui pourrait-on dire, un grand nombre de règles coutumières et religieuses.

1. Congrès de l'Afrique du Nord. M. s. Berge, p. 314.

Ce code qui se croyait individualiste n'a pu s'empêcher de maintenir la femme française dans une grande sujétion juridique ; le mariage lui-même ne cessait pas d'être religieux ; ce code empêchait d'une façon absolue le divorce par consentement mutuel et les enfants naturels étaient presque ignorés. Les textes ont évolué, il est vrai, mais cette évolution juridique a été parallèle au mouvement qui portait vers l'avant la nation française, et elle a rarement, peut on ajouter, débordé les cadres premiers de sa primitive organisation sociale.

Il faut voir les choses de plus haut, disent certains, s'abstraire des réalités actuelles pour ne penser qu'à l'avenir qui doit réunir sous la même discipline tous les hommes quels qu'ils soient. Nous ne pouvons suivre ces adeptes de l'homme standard dans leurs conclusions décevantes, car nous croyons à l'utilité nécessaire de l'effort original qui rehausse l'individu à ses propres yeux et l'élève moralement en le rapprochant de ses semblables.

Il en est de même à tous les points de vue des sociétés comme des individus. Le charaà évoluera fatalement ; il se rapprochera sans aucun doute des législations modernes et suivra tous les progrès de l'humanité en vertu des principes dynamiques qu'il contient en lui et que nous espérons avoir dégagés dans cette étude.

Aussi croyons-nous de bonne foi que le tribunal du

charaà, dépositaire de la loi sacrée, doit le rester pour toutes ces raisons et parce que le peuple tunisien dans sa grande majorité y voit à juste titre un grand idéal de vérité religieuse.

II. — Le Habous ou Ouakf.

I

Le célèbre jurisconsulte Ibrahim Halebi déclare que : « les Ouakf ou fondations pieuses sont des biens dont le fidèle donateur ou fondateur, ouakif, est censé s'être volontairement dépouillé pour en céder la propriété absolue à Dieu et l'usufruit ou la jouissance aux hommes (1) ».

Le Habous opère donc un démembrement de l'usufruit et de la nue propriété, l'usufruit faisant l'objet d'une donation actuelle et irrévocable et la nue propriété restant à l'œuvre pie (la Korba) dévolutive définitive. Contrairement aux malékites qui exigent le dessaisissement immédiat de la chose constituée habout au profit des dévolutaires institués, la doctrine d'Abou Hanita considère comme valable le Ouakf dont le constituant s'est réservé la jouissance.

Mais, le défaut de désignation de l'œuvre pie rend-il nul l'acte de constitution ?

Oui, disent les Malékites. Non répondent les Hana-

1. Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'empire ottoman*, t. I, p. 280.

fites, car le Habous en pareil cas, profite aux pauvres à l'extinction de tous les dévolutaires.

Cette notion d'œuvre-pie est très élastique et elle s'est élargie de plus en plus, fait très important, car il a permis à de savants Muftis de permettre les virements d'excédents de habous riches à habous pauvres. On lit dans le *Miyar d'Elwanscharisi*, « La doctrine d'Ibn-el-Quasim est que les revenus des habous ne peuvent être dépensés que dans le but désigné et spécifié par le constituant des Habous ; on ne peut les affecter à un autre but lors même qu'il y aurait dans le revenu un excédent considérable et une partie en surplus, qui dépasse le but que s'était proposé le constituant du Habous. Ibn-el-Quasim ajoute : on achètera avec l'excédent disponible des fonds dont le revenu sera dépensé au profit des bénéficiaires des habous ; au contraire la doctrine d'Asbagh et d'Ibnaï madjischoum est que toutes les choses qui sont contraires à Allah peuvent être dispensées indifféremment les unes à la place des autres (1) ». C'est la seconde opinion qui triomphe actuellement dans tous les pays musulmans.

Aucune formalité n'est exigée pour l'acte de constitution d'un habous, l'intervention du Cadi n'étant pas nécessaire d'après le rite malekite et

1. El Wanscharisi, *loc. cit.*, t. II, p. 11.

les notaires en Tunisie le rédigeant librement, la constitution étant valable dès que deux d'entre eux ont entendu le constituant exprimer sa volonté.

Le Ouakif qui peut être un non musulman doit être « libre, majeur, plein d'esprit, avoir le domaine utile et ne pas être en état de dernière maladie » ; les Malékites exigent en outre que celui qui a cette capacité générale d'aliéner à titre gratuit des immeubles ou des meubles ne soit pas en état de déconfiture.

II

L'origine du Habous a donné lieu a de grandes controverses.

Pour quelques auteurs, le Habous provient des *res sacrae* du droit romain, les *Aedes sacrae* correspondant exactement aux Mosquées des Musulmans (1).

Pour M. Zeys, le Habous ne serait qu'une imitation du « séquestre général apposé sur la terre de violence » (2).

Pour d'autres il dérive « de la pratique des aumônes religieuses en se rattachant directement à la mise en wakfs des terres annexées ». Enfin l'on soutient aussi que le Habous actuel n'est qu'un

1. Opinion de M. Gatteschi rapportée par M. Morand, *Et. de dr. mus. alg.*, p. 243²

2. Zeys, *Traité élém. de dr. muls. alg.*, t. II, p. 182, n° 628.

expédient créé par la coutume pour tourner certaines lois de la dévolution successorale et c'est pourquoi, ajoute-t-on, tous les jurisconsultes musulmans des premiers siècles ont vivement combattu cette institution et ne l'ont finalement acceptée qu'à leur corps défendant. Cette opinion a pour elle un fort argument emprunté à l'histoire du régime des successions chez les Arabes et à la vigueur avec laquelle fut combattue la loi successorale apportée par l'Islam.

Toutes ces opinions ne nous semblent pas très probantes, nous préférons pour notre part nous rallier à l'opinion de la grande majorité des jurisconsultes musulmans pour lesquels l'origine du Habous remonte au prophète. En effet, le wakf inconnu dans la Jahilyya paraît avoir été institué dans les circonstances suivantes rapportées par la grande autorité traditionniste El-Boukhari : Omar Ibn-el-Khattad, propriétaire d'un immeuble situé à Khaibar, avait un jour demandé aux prophètes quelle était la manière dont il fallait disposer de ce bien pour être agréable à Dieu. L'envoyé de Dieu lui répondit : « immobilises-en les revenus et distribue-les aux pauvres » .

A notre modeste avis ce que nous avons vu se passer pour la répudiation s'est répété avec le même processus pour le Habous. De même qu'il y avait eu une répudiation sounnite envahie plus tard

par des répudiations coutumières, il y eut un habous honnête, le wakf, bientôt réduit à la portion congrue pour laisser grande place au Habous Adi.

Et si le Habous Charai admis et encouragé par le législateur musulman fut et reste toujours une donation irrévocable accomplie par le fidèle dans un esprit d'amour pour son prochain et le désir de faire une œuvre pie qui puisse le rapprocher de son Dieu, constituer un Habous Adi n'a jamais été considéré comme une œuvre méritoire. Comme la répudiation coutumière, le Habous Adi ne répond aucunement ni à la lettre, ni à l'esprit de la loi musulmane. Il est un pur expédient de la coutume dû : 1° A la survivance de l'ancienne mentalité arabe qui n'a jamais pu se résoudre à considérer la femme autrement qu'une étrangère à la tente paternelle, et la part à lui donner dans la succession autrement qu'un appauvrissement du patrimoine familial en faveur d'ennemis possibles; 2° A l'instabilité politique et à l'arbitraire de certains princes qui ne manquaient jamais d'exproprier leurs sujets pour se procurer l'argent dont ils avaient besoin. Le caractère religieux du Habous avait le mérite appréciable de protéger les dévolutaires de toute spoliation.

III

Nature juridique du Wakf. — L'article 7 du Code civil indigène égyptien reproduit par l'article 22 du Code civil mixte donne du Wakf la définition suivante : « Ceux qui sont propriété de mainmorte
« au profit d'établissements pieux et dont l'usu-
« fruit peut être également cédé aux particuliers
« dans les conditions déterminées par les règle-
« ments ». L'expression bien de mainmorte qui décèle la collaboration occidentale dans la rédaction de Codes Egyptiens nous semble inexacte. En effet, le Habous n'offre aucun des dangers économiques des biens de mainmorte de l'époque féodale et il est la source de grands profits pécuniaires pour les Gouvernements.

Le Habous est selon-nous une institution juridique particulière aux pays d'Islam, une donation *sui generis* de l'usufruit dans le cas du Habous Charai et une espèce de testament dans le cas des Habous coutumiers.

La question qui se pose dans les pays musulmans comme l'Egypte et l'Algérie où la compétence des affaires civiles est entièrement enlevée au Cadi et désérée aux tribunaux séculiers est de savoir si le habous fait partie du statut réel ou du statut personnel et successoral. Question très importante

pour la pratique judiciaire, car selon qu'elle est résolue dans un sens ou dans l'autre ce sont les tribunaux religieux ou les tribunaux séculiers qui vont être compétents.

Le Habous fait-il partie du statut personnel et successoral ? Les contestations y afférentes sont dévolues aux tribunaux chargés d'appliquer la loi musulmane, les Méhkémé en Egypte, les tribunaux français en Algérie. Fait-il partie du statut réel, les contestations s'y référant vont être dévolus aux tribunaux séculiers, les tribunaux mixtes en Egypte, les tribunaux français en Algérie.

Il est plus exact de dire pour l'Algérie que, de la solution du problème, dépend l'application de la loi française ou musulmane. En effet, la loi de 1873 est ainsi conçue : « La propriété en Algérie est réglée par la loi française, en conséquence sont abolis tous droits réels, servitudes, causes de résolution fondées sur le droit musulman qui seraient contraires au droit français » la même loi ajoutant plus loin : « Il n'est pas dérogé au statut personnel ni aux règles des successions des indigènes entre-eux ».

Le Ouakf fait-il partie du statut réel ?

La majorité des auteurs français et la jurisprudence du tribunal mixte égyptien admettent ce point de vue. Le but pieux de cette institution, dit-on, n'en fait point nécessairement une institution religieuse. Il nous semble utile de citer ici les attendus très

importants d'un arrêt célèbre de la Cour d'Appel Mixte d'Alexandrie en date du 22 mai 1914 rendu sur la qualification à donner à la Constitution d'un Ouakf.

« Attendu que sans s'égarer dans des dissertations historiques et sans avoir à rechercher jusqu'à quel point on devrait tenir pour exacte l'opinion selon laquelle ceux qui auraient donné naissance à l'institution du Ouakf ce fut le désir des premiers Musulmans tout en mettant leurs biens à l'abri des spoliations arbitraires, d'apporter un correctif à ce que la loi successorale inaugurée par le Coran avait de contraire aux principes passés depuis des siècles dans leurs usages, il suffit de relever que tandis que ladite loi se trouve tout entière et jusque dans ses moindres détails dans le Livre sacré de l'Islam, source de statuts personnels et successoraux musulmans, l'un et l'autre essentiellement immuable, il n'y est fait aucune allusion au Ouakf inventé organisé et réglementé par les premiers Imans et leurs successeurs.

« Que de ce qui précède on est forcément amené à conclure que d'une manière générale et en principe tout au moins, le Ouakf ressortit au Statut réel ;

« Que cela est tellement vrai que le Gouvernement Egyptien en exécution de l'engagement pris par l'article 36 du Règlement d'Organisation judiciaire publia en 1875 en les codifiant les lois relatives au

statut personnel et successoral ; il ne songea point à y comprendre, celles relatives à l'institution du Ouakf tandis que par contre le Code Civil Mixte contient un rudiment des principes régissant cette matière.

« Attendu que dans le même ordre d'idées si après avoir proclamé l'incompétence des tribunaux indigènes en matière de statuts personnels et successoral le Législateur Egyptien a éprouvé le besoin, par une disposition spéciale édictée, de leur incompétence à connaître les questions relatives à la Constitution du Ouakf, c'est évidemment parce qu'il estimait que ces questions ne ressortissaient pas, de par leur nature, au statut successoral (1).

Cet arrêt a fixé dans le sens de la réalité du habous la jurisprudence égyptienne depuis une quinzaine d'années. La même solution est admise en Tunisie où les Tribunaux considèrent le habous comme une institution rentrant dans le domaine du statut réel. Ils ont ainsi jugé que les tribunaux français devaient se déclarer incompétents pour connaître des contestations se référant au habous, quand les deux parties sont de nationalité tunisienne et qu'elles ont soulevé *in limine litis* l'incompétence. Le Décret beylical du 31 juillet 1884 réserve en effet, dans son article 2, aux Tribunaux religieux, le règlement exclusif de toutes

1. Voir 22 mai 1913. *B.L.J.*, XXXV, 545 ; 21 février 1918. *B.L.J.*, XXX, 244 ; 3 juin 1916. *B.L.J.*, XXXVIII, 405.

les questions faisant partie du statut personnel et successoral (1).

La Cour de cassation s'est ralliée à cette jurisprudence et elle a décidé, avec le tribunal de Tunis, que le habous tel qu'il est pratiqué en Tunisie rentre dans le domaine du statut réel.

Le Ouakf fait-il partie du statut personnel et successoral ?

C'est l'opinion professée par la majorité des auteurs musulmans. Le habous, enseignent-ils est un acte essentiellement religieux et toutes les contestations qu'y s'y rapportent soulèvent nécessairement un élément de piété qui n'est susceptible d'être apprécié que par le juge musulman.

Qu'il soit charai ou Adi le habous est à notre avis une institution qui dépend du statut personnel et successoral. En effet sous la première forme le habous n'a d'objet que dans la mesure où il comporte le but pieux visé par le constituant, et, sous sa seconde forme, il est un expédient inventé par la coutume pour modifier le régime successoral de la loi musulmane. C'est semble-t-il ce qu'a discerné avec juste raison la Cour de cassation : quand le Habous offre un caractère nettement religieux, comme en Tunisie, elle décide qu'il doit dépendre du statut personnel et successoral relevant de la compétence exclusive du Tribunal du Cha-

1. Tunis, 21 juill. 1893. *J. T. T.*, p. 348. Tunis 19 mai 1893, *J. T. T.*, p. 313. Tunis 6 janv., 1896. *J. T. T.*, p. 486.

raà ; mais quand, comme en Algérie, le Habous charrai disparaît complètement et que la seule forme pratiquée soit celle du Habous testament elle décide avec la jurisprudence algérienne que la constitution du Habous dépend du statut personnel et successoral.

« Ainsi il a été jugé que :

« a) que la loi du 26 juillet 1873 en abolissant tous droits réels, servitudes ou causes de résolution quelconques fondés sur la loi musulmane, qui seraient contraires à la loi française n'a pas porté atteinte au principe du Habous ;

« b) qu'un immeuble francisé peut faire l'objet d'une constitution de Habous ;

« c) que les juges indigènes sont en principe compétents pour statuer sur les contestations relatives aux Habous pour statuer notamment, sur la demande en nullité d'un Habous encore que le bien habousé serait régi par le droit français.

Et la Cour de cassation Chambre Civile, s'est ralliée à cette jurisprudence en décidant que la Constitution d'un Habous avait le caractère de transmission à titre successoral » (1).

Pour la Cour de cassation Chambre Civile, comme pour la jurisprudence algérienne, donc le habous « n'est au fond qu'un mode particulier de transmission à titre successoral ».

1. Cf. Morand, *Et. Dr. mus. alg.*; p. 237.

IV

Contrairement à ce qui se passe en Algérie où le Habous Charai a presque disparu, en Tunisie, il reste encore en grande faveur. Quant au habous coutumier il n'a pas dans notre pays le caractère d'un testament pur et simple qu'il a pris en Algérie depuis la loi de 1873. Même dans le cas où le constituant tunisien voit dans le Habous qu'il fait le moyen de déroger à certaines lois successorales ou de rendre inaliénables ses biens pour empêcher les enfants prodigues de dilapider le patrimoine familial, le but visé en définitive est toujours un but pieux, le désir évident de se rapprocher de Dieu en constituant habous des biens qui vont revenir en dernier lieu enrichir une œuvre religieuse ou d'utilité publique. Est-ce à dire que la Tunisie ignore le habous expédient ? Non certes. Il existe bel et bien, mais il faut dire qu'il existait dès les premiers temps de l'Islamisme et déjà Abou Hanifa tout d'abord complètement hostile au habous ne l'avait autorisé par la suite qu'à la condition formelle qu'il ne se ferait en aucun cas par testament.

A ce propos le Grand Imam rapportait que : « lors de la descente de la Soura des femmes (IV) Ibn Abbas entendit le prophète dire — Pas de habs après la Soura des femmes et que d'après un autre — aucun

acte humain ne saurait prévaloir contre les lois destinées à régir l'héritage — ou selon une autre version bien plus explicite — il est interdit d'instituer un usufruit à perpétuité au préjudice des héritiers ou à l'encontre des lois de Dieu (1). »

D'aucuns se félicitent de cette extension du habous expédient musulman et veulent même y trouver une justification à leur thèse d'enlever le habous aux tribunaux religieux. C'est une institution purement coutumière disent-ils créée par les docteurs des premiers siècles qui n'étant pas en face de règles posées par le Coran ont réglementé cette institution chacun à sa façon. Cette argumentation n'a aucun poids à notre avis parce que d'une part comme nous l'avons vu les auteurs musulmans enseignent presque tous que l'institution du Habous remonte au Prophète et que d'autre part les savants jurisconsultes ne sont considérés par la communauté Musulmane comme Législateurs que dans la mesure où leur travail d'élaboration rentre dans l'esprit du Coran et de la Sounna.

Ainsi donc le habous apparaît comme un élément du statut personnel et successoral ; il est sacré comme le hadith duquel il émane et on ne peut comprendre son utilisation que dans le sens d'un renforcement des lois du Charai. C'est dans cet esprit que

1. Cf. Morand, *Et. Dr. mus. alg.*, p. 245.

s'est prononcée l'Ecole Malékite qui déclare illicite toute constitution de babous qui dépouillerait « au mépris des commandements de Dieu » les enfants du sexe féminin de leur quote-part d'hérédité. Dieu dans le Coran a établi d'une façon définitive les lois de la dévolution successorale. Toutes les constitutions de habous tendant à tourner les prescriptions divines devraient être entachées de nullité. Le rite hanafite au contraire reconnaît au constituant la liberté entière d'établir comme il l'entend l'ordre de dévolution.

Le rite malékite apparaît ainsi comme plus libéral que le rite hanafite, car étant donné les préjugés anti-féminins qui prédominent à l'heure actuelle dans les sociétés musulmanes, il est nettement plus avantageux pour la femme de concilier les lois divines avec les règles du Ouakf que de laisser le constituant libre de la déshériter sous couleur de liberté. L'exclusion n'est pas toujours radicale, on laisse aux femmes un droit éventuel dans certains cas exceptionnels et limitativement énumérés. Leur exclusion est définitive, à moins, dit-on dans les actes de constitution, qu'elles ne soient veuves et indigentes, répudiées ou non mariées. Elles ne retrouvent pas leur part d'hérédité, elles ont droit seulement au gîte et à la nourriture dans la maison paternelle. On ne stigmatisera jamais assez cette pratique injuste, pratique qui a manifestement contre elle l'esprit du Charaï sacré. Aussi notre

préférence va-t-elle au rite malékite qui régit en principe la Tunisie, et ceci d'autant plus que la situation de la femme est souvent aggravée par les donations que le père peut faire dans le but d'avantager les successibles mâles au détriment des filles, les donations n'étant pas sujettes à rapport en droit musulman. Les Hanafites répondent il est vrai que le dessaisissement immédiat exigé du donateur en faveur du donataire est un frein d'une grande efficacité. Mais il est facile de leur répondre que la liberté donnée par le rite hanéfite à tout ouakif de se réserver durant sa vie l'usufruit des biens qu'il constitue habous vient écarter l'effet salulaire de la tradition réelle de l'objet donné.

Ainsi apparaît avec le plus d'acuité la nécessité d'unifier une fois pour toutes selon le vœu exprimé par le Grand Cheikh Abdou les rites musulmans, afin de les adapter par une sélection intelligente aux besoins et aux aspirations qui naissent lentement mais sûrement dans tous les pays musulmans.

En Egypte tout individu qui veut constituer habous ses biens doit adresser à la Moudirieh de la situation des biens une demande tendant à ce qu'il soit dressé acte de la constitution du habous. Le magistrat musulman peut alors corriger dans un sens équitable la constitution d'un bien habous par un Ouakif désireux d'aller à l'encontre de la parole de Dieu, en lui faisant comprendre d'une

manière efficace ses devoirs de bon père de famille.

Pareille mesure nous semble s'imposer en Tunisie, en attendant mieux à l'encontre de tous ceux qui embrassant pour les besoins de la cause le rite hanafite veulent introduire dans les habous des dispositions anti-coraniques.

V

Il n'y a pas en matière de habous d'administrateur légal mais de bonne heure le juge musulman considéré en dehors de ses hautes fonctions judiciaires comme « le représentant des pauvres, des indigents et des incapables » eut dans ses mains l'administration des biens habousés. Il nommait un Nadhir (Administrateur) d'office qui le représentait.

En Tunisie sous le Gouvernement des Beys nous trouvons ce pouvoir entre les mains du souverain qui nommait des Nadhirs chargés de veiller à l'affectation des revenus à leur véritable destination et à l'entretien des biens constitués. Mais comme il advient en pareille matière, ces administrateurs n'eurent aucun souci de l'entretien des immeubles et ne se firent aucun scrupule de s'approprier les revenus affectés aux œuvres pieuses.

C'est le général Khereddine, le créateur de la plupart des institutions modernes existant à l'heure actuelle en Tunisie, qui donna en 1874 le coup de

balai devenu nécessaire en centralisant la gestion de tous les habous publics (1) entre les mains d'un seul organisme central, la Djemaïa des habous représentée à l'intérieur par des fonctionnaires responsables : les Oukils et les Naïls.

Cette organisation fut complétée plus tard par le Conseil Supérieur de la Djemaïa, composé de fonctionnaires français et tunisiens chargés de contrôler l'Administration centrale.

Avec le Protectorat les biens Habous ont perdu beaucoup de leur physionomie religieuse. A la faveur du décret du 31 janvier 1898 complété par d'autres décrets et de nombreuses circulaires qui permirent l'échange des biens habous en nature ou en argent, les habous publics ont été presque entièrement livrés à la colonisation et les habous privés sont en passe de l'être.

En résumé le habous prévu et recommandé par le Prophète est une institution religieuse faite dans le but final de plaire à Dieu. Des coutumes fortement

1. Les habous publics sont ceux qui ont été constitués directement au profit d'œuvres pieuses ou d'utilité générale et ceux qui après l'extinction complète des dévolutaires doivent revenir aux œuvres désignées dévolutaires définitives ou à leur défaut aux pauvres et indigents.

Les habous privés sont ceux dont les dévolutaires désignés, généralement les descendants, sont encore vivants. Ils ont ordinairement un mokaddem qui les gère sous le contrôle de l'Administration des habous.

ancrées et certaines circonstances politiques en firent un expédient pur et simple. Fortement attaqué, il est en voie de disparition dans tous les pays musulmans livrés à la colonisation. Mais quelle que soit la forme sous laquelle on le trouve en Tunisie, il relève à notre avis de la compétence exclusive du Charaa car. « Ce mot qui répond à ceux de cession, consignation, abandon, dépôt, emporte, dit le célèbre Ibrahim Halébi, cependant dans son acception ordinaire l'idée d'une chose sacrée, d'un objet voué aux besoins de l'Humanité et du culte public, par un sentiment de piété et d'amour envers Dieu. » (1)

III. — Du retrait (Chefaât).

Le retrait ou droit de préemption a toujours existé dans les sociétés les plus anciennes. Nous savons, par le témoignage d'un des plus grands philosophes de l'Andalousie, Ibn Roushd, plus connu en Europe sous le nom d'Avérroès, que la préemption immobilière, la Chefaât, était connue dans l'Arabie antéislamique.

« Avant le Prophète, dit Ibn Roushd dans ses *Prolegomènes*, lorsqu'un individu avait acheté un enclos ou une maison ou une portion d'enclos, le voisin ou le co-propriétaire de l'immeuble se rendait auprès de

1. Ibrahim Halébi, trad. Mouradjà d'Ohsson, p. 307.

l'acquéreur et le suppliait (1) de lui céder son marché afin d'éloigner le préjudice qui résultait pour lui de ce marché (2). »

Ibn Rouchd, comme d'ailleurs la plupart des juriconsultes musulmans, n'insiste que sur la nécessité d'éviter au voisin ou au co-propriétaire un voisinage étrange qui peut être pour lui une cause de procès et d'ennuis. Mais il est évident que cette institution est le produit du milieu politique et social de l'Arabie de la Jahilyya. Cela nous paraît d'autant plus exact que l'histoire du droit français nous offre à ce point de vue des rapprochements édifiants, tant il est vrai de dire que les mêmes causes produisent les mêmes effets.

Dans l'ancien droit coutumier français, comme dans le droit musulman, le Chefaât ou droit de retrait apparaît comme une manifestation caractéristique des communautés familiales qui veulent se défendre contre toute intrusion étrangère. Le retrait d'indivision du rite malékite offre une très grande analogie avec le retrait lignager, droit que les pays de coutumes accordaient aux parents du lignager quand des biens propres sont aliénés à des non-lignagers pour faire revenir ces biens dans le patri-

1. Le verbe chafaà veut dire en effet prier, supplier ou intercéder.

2. Cf *Charh Menah el Jalil sur le Moukhtassar el Allama Khalil*, par Mohamed Elich, vol. III, p. 582. Voir aussi Zeys, *loc. cit.*, p. 73.

moine de la famille en remboursant à l'acheteur tout ce qu'il a payé ainsi que les frais. La tribu arabe emploie le même moyen juridique, la Chefaàt, pour se défendre. Nous avons vu à propos des successions jusqu'à quel point arrivait cet attachement fanatique à la tribu. L'étranger, quel qu'il soit, est l'ennemi qu'il faut éliminer si l'on veut conserver une unité solide. S'il achète des immeubles, il appauvrit le patrimoine familial, et en vertu du droit de propriété collective qu'elle a souvent conquis au prix du sang de ses membres, la tribu a le droit de reprendre ce qu'on veut lui enlever. « Dans les premiers temps de l'Islamisme, disent Sautayra et Cherbonneau (1), la Chefaàt eut pour but de protéger le foyer domestique, de garantir l'isolement de la famille, de prévenir l'immixtion de l'étranger » (2).

Aux droits de propriété collective de la communauté sur le territoire qu'elle a acquis au prix d'un effort collectif se joint le souci bien légitime de le conserver entièrement aux seuls membres et aux descendants de la tribu, en reprenant ce qui pourrait en sortir.

C'est à peu près ce que l'on trouve à la base du

1. Sautayra et Cherbonneau, *Dr. mus.*, t. II, n° 763.

2. « L'aliénation consentie par l'un d'eux est un véritable attentat contre le droit supérieur de la collectivité, l'intérêt de tous primant à un degré éminent l'intérêt particulier et le choufaà pouvant être rationnellement considéré comme une véritable expropriation pour cause d'utilité générale ». Sautayra et Cherbonneau, *loc. cit.*, t. II, p. 73-74.

retrait vicinal dans l'ancienne France qui consitute un double droit de préemption et de succession. La loi salique exprime d'une manière on ne peut plus explicite ces deux idées dans son titre 45, n° 1 et n° 3 de *Migrantibus*.

N° 1. — « Si quelqu'un a voulu venir prendre la place d'un autre dans un village, si l'un ou plusieurs des habitants de ce village ont bien voulu le recevoir, il suffit de la contradiction d'un seul pour qu'il n'ait pas le droit d'y venir habiter (1). »

N° 3. — « Si quelqu'un a changé de village et que personne ne s'y soit opposé pendant les douze mois qui suivent son changement, qu'il y demeure en toute sécurité, tout comme les autres habitants de l'agglomération (2). »

Avec l'apparition de l'Islamisme et la fin des vieilles inimitiés entre tribus réconciliées dans la même foi, la préemption perd beaucoup de son importance. Cependant, la nouvelle législation lui donne une large place et cette institution fut consacrée par la parole du Prophète : « il ne faut pas faire de mal au voisin », règle morale avant tout sur laquelle on bâtit toute la réglementation que nous

1. « Si quis super alterum in villa migrare voluerit ; si unus vel aliqui de ipsis, qui in villa consistunt, eum suscipere voluerit, si, vel unus exstiterit qui contadicat, migrandi ibidem licentiam non habebit ».

2. « Si vero quis migraverit et infra XII menses nullus testatus fuerit securus sit, ut alii vicini maneat ».

études par la suite. A côté des règles malékites, il nous faudra étudier en même temps des dispositions hanafites ; car les grands imams n'étant pas tenus par des textes précis du Charaà ont traité différemment de cette question et en Tunisie nombreux sont les malékites qui se prévalent en matière de chefaàt du rite hanafite beaucoup moins restrictif quant aux conditions d'exercice de ce droit.

Quelques mots nous seront nécessaires ensuite pour parler du travail de la coutume sur le droit de chefaàt et des curieuses pratiques auxquelles elle a donné naissance en Tunisie.

IV. — Définition du droit de Chefaàt (Chefaàt).

I

« La Chefaàt, dit Ibn Arfa, est le droit de tout co-propriétaire indivis de retirer des mains de l'acquéreur étranger en le rendant indemne, la part qu'il a acquise d'un autre co-propriétaire (1). »

La Chefaàt peut donc être définie selon la doctrine de Malek, le droit qu'a tout co-propriétaire indivis de retirer des mains de l'acquéreur, en lui remboursant le prix payé et les frais et loyaux, coûts du contrat, ce qui lui a été vendu par son co-proprié-

1. S. Khalil, trad. Seignette, p. 277.

taire. Et ainsi le droit malékite n'accorde l'exercice de la Chefaât qu'aux communistes (Charik). Pour le rite hanafite au contraire l'exercice du droit de Chefaât n'implique pas toujours l'existence de l'indivision. Abou Hanifa et son école en reconnaissent l'existence au profit du voisin, en appliquant sur ce point les dispositions de la coutume arabe de la Jahilyya (1).

Le Code égyptien rédigé en 1890 par Kadri Pacha dispose dans ses articles 95 et 96 que :

« La préemption est le droit de se faire attribuer, même malgré la volonté de l'acheteur, tout ou partie de la propriété d'un immeuble vendu, contre paiement du prix des frais. »

Et dans son article 96 que :

« Le droit de préemption a sa source et sa raison dans le voisinage immédiat de l'immeuble du préempteur à l'immeuble vendu, ou bien dans le fait que le préempteur est copropriétaire de l'immeuble vendu. »

Le deuxième Code de droit musulman, la Medjellé de 1870, admet la même définition hanafite.

En Tunisie, en l'absence de Code, c'est rarement le rite malékite qui prévaut. Le voisin qui veut exercer le droit de Chefaât se réclame toujours du rite d'Abou Hanifat. Un adage populaire proclame que

1. Cf. Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.*, t. II, p. 281, n° 763.

« le voisin passe avant la maison » et le droit de Chefaât qui fait partie du statut réel est applicable à tout immeuble tunisien indépendamment de la nationalité et de la religion de celui qui l'exerce.

II

Conditions d'exercice du droit de Chefaât.

Nous avons vu que pour l'Imam Malek le droit de préemption est limité au co-propriétaire. Il y a à distinguer trois catégories de co-propriétaires : tout d'abord le co-propriétaire de l'immeuble vendu, ensuite celui du sol sur lequel le mur mitoyen est élevé, enfin, et cette catégorie présente de nombreuses applications pratiques, le co-propriétaire dans les droits de passage et d'irrigation privée, chemins de passage, puits, canaux ou rigoles desservant plusieurs propriétés ou jardins.

Le rite hanafite admet en plus du co-propriétaire le voisin à l'exercice du droit de chefaât seulement, il exige de lui deux conditions : qu'il soit propriétaire et propriétaire contigu.

Mais la contiguité exigée par les hanafites est détruite si entre les deux propriétés se trouve une bande de terre appartenant à un tiers. Un chemin public, un canal ou une rivière rompent de même la contiguité et suppriment ainsi l'exercice du droit de Chefaât.

Il peut arriver qu'un co-propriétaire vienne en concours avec son voisin. Dans ce cas, Abou Hanifat reconnaît au co-propriétaire le droit de propriété car le préjudice que l'on veut justement éviter par la Chefaât est beaucoup plus grand pour le co-propriétaire que pour le voisin.

III

Actes qui donnent naissance à la Chefaât.

Malékites et hanafites s'accordent ici pour reconnaître que l'acte qui donne naissance au droit de retrait doit être une aliénation valable et à titre onéreux.

1^o L'aliénation doit être valable, c'est-à-dire qu'elle doit émaner d'une personne majeure capable de faire l'aliénation immobilière visée « avec une volonté libre non entachée d'un vice de consentement ». Les actes de tous les interdits et plus particulièrement ceux de l'enfant et du prodigue doivent donc être considérés comme des actes non valables ne donnant pas lieu à l'exercice du droit de préemption puisqu'ils n'ont pas pu valablement rendre propriétaire l'acheteur. De même toutes les aliénations affectées de modalités de termes, de conditions ou d'option qui au point de vue du droit musulman empêchent le transfert de la propriété ne peuvent être attaquées par le droit de chefaât.

Ainsi celui qui a acquis une partie d'un immeuble sous réserve d'option ne devient pas *ipso facto* co-propriétaire de cette portion surtout si l'option a été stipulée en faveur du vendeur. Tant que le délai déterminé conventionnellement ou légalement ne se sera pas écoulé l'acheteur ne peut être évincé car son droit n'est encore qu'éventuel. Le jour où le vendeur exprimera son option il deviendra définitif et le droit de Chefaat pourra alors s'exercer par le tiers.

2° L'aliénation doit en plus être faite à titre onéreux. Cette condition écarte le droit de chefaat pour tous les transferts par successions et testaments. Sont de même exclus : le partage et la donation pure et simple, tandis que l'échange et la transaction donnent lieu à préemption. Il en est de même de la donation avec charge considérée comme une aliénation à titre onéreux. Abou Hanifa fait des réserves sur ce cas admettant l'exercice du droit de chefaat qu'après l'exécution des charges. L'article 1022 de la Medjellé consacre ce point de vue en déclarant que :

« La donation avec charge est assimilée à la vente. En conséquence, si une personne donne et livre sa maison sous une charge, le propriétaire de la maison contiguë peut exercer la préemption.

3° L'aliénation doit être libre. Cette condition est la conséquence des deux autres. L'acheteur doit

avoir acquis l'immeuble librement, c'est-à-dire sans un fait légal s'imposant à lui.

En résumé, on peut dire que toutes les aliénations à titre onéreux ou assimilées sont soumises à la chefaat et que seuls sont exclus de l'exercice de ce droit tous les actes imposés tels que : les transferts de propriété par successions, testaments, partages ou donations pures et simples.

Cela ressortait déjà des définitions posées plus haut et qui exigeaient toutes comme condition préalable au retour du bien aliéné le désintéressement complet de l'acheteur. Il faudrait, dit la loi, pour exercer le droit de Chefaat contre lui « le rendre indemne ». Mais cette catégorie d'acquéreurs n'a rien payé ; d'où l'impossibilité juridique d'évincer le donataire, le légataire et tous ceux qui ont acquis à titre gratuit et desquels il y a tout lieu de croire, qu'il ne résultera aucun préjudice.

IV

De l'objet de la Chefaat.

Il y a divergence de vues entre les malékites et les adeptes des trois autres rites.

Pour les malékites, le retrait peut s'exercer sur tout immeuble aliéné avec ce qui en dépend. Ils acceptent le droit de préemption sur les constructions et les arbres et vont même jusqu'à admettre dans cer-

tains cas la faculté de préemption dans la vente des fruits. Quant aux meubles ils peuvent être l'objet du retrait mais à titre accessoire quand on considère qu'ils sont devenus immeubles par destination.

Au contraire, les autres rites sont plus restrictifs que les malékites. Ainsi ils considèrent que les constructions et les arbres, abstraction faite du sol sur lequel ils se trouvent, sont des meubles qui ne doivent pas donner lieu par conséquent au droit de chefaat.

D'après la plupart des auteurs malékites ou hanafites, l'immeuble ne doit pas être impartageable en nature comme dans le cas des établissements de bains, car la préemption étant un droit indivisible, le préempteur doit demander à exercer son droit sur tout ce qui a été vendu, tout ou portion de l'immeuble.

Procédure. — La procédure du droit de chefaat comporte trois phases successives :

a) Al Mouassabah ou réclamation immédiate. Elle consiste dans l'expression de la volonté du préempteur d'exercer ce droit. Aucune formalité sacramentelle n'est exigée. Toute phrase prononcée publiquement suffit lorsqu'elle est explicite.

b) Al Ichhad ou Takrir, la confirmation. C'est l'attestation en présence de témoins de la volonté exprimée dans la Mouassabah.

c) La Khoussoumat ou réclamation en justice. C'est

la phase *in jure*. Le préempteur se présente devant le juge et lui demande l'attribution de l'immeuble au titre de *chefaat*.

Mais on admet en faveur de l'acquéreur une procédure plus rapide lui donnant après la conclusion de la vente le droit de mettre les retrayants éventuels dans l'obligation d'exercer séance tenante leur droit ou d'y renoncer.



Le droit de *chefaat*, fruit de l'organisation sociale des pays arabes, a perdu en évoluant l'influence de son origine. Les anciennes rivalités entre tribus ont disparu depuis déjà bien longtemps ; l'unité nationale s'est faite un peu partout dans les pays musulmans et à l'heure actuelle les rapports entre voisins sont empreints comme partout ailleurs des meilleurs sentiments d'urbanité.

Le droit de *chefaat* ayant beaucoup perdu de sa véritable signification sociale, il serait souhaitable de tenir compte de ce fait historique dans une codification intelligente du droit musulman. Ainsi cesseraient peut-être à la satisfaction générale tous les expédients tortueux plus ou moins suspects de la pratique notariale tunisienne dont les deux plus connus, outre l'inscription courante dans l'acte de vente d'un prix supérieur à celui payé, sont à signaler.

1^o Nous avons vu que la condition essentielle pour l'exercice de la chefaat est l'indemnisation du retrayé, mais encore faut-il que l'on sache le montant exact de ce qu'il y a à rembourser en prix, frais et loyaux, coûts du contrat. Le procédé de la « Kamcha majhoula » (poignée de monnaies diverses dont le montant est ignoré) rend cette condition impossible à réaliser. En plus du montant convenu entre les parties, l'acheteur prend dans sa poche une poignée (Kamcha) de petites coupures et de monnaies métalliques qu'il remet au vendeur. Ainsi dit-on les tiers ne pouvant rendre indemne l'acheteur se trouveront dans l'impossibilité juridique d'exercer la chefaat.

2^o La contiguïté du voisinage étant une condition exigée dans le rite hanafite, on prend la précaution de ne pas vendre toute la propriété en se réservant une petite bande de terre, véritable cloison étanche, entre le voisin et le tiers acquéreur.

LIVRE III

CHAPITRE VI

PROCÉDURE

I

La Tunisie, Hanafite pendant les premiers siècles de l'Islam fut ensuite malékite sous l'Ecole de Kairouan et redevint complètement hanafite avec les Turcs. Depuis le gouvernement des Beys les deux rites se partagent la Tunisie. Le rite hanafite est celui de la famille Beylicale et d'un certain nombre de familles d'origine turque ou arabe. A ces deux rites correspondent deux juridictions différentes, deux sections du tribunal du Chara complètement indépendantes siégeant séparément et appliquant chacune aux affaires qui lui sont soumises les dispositions de son rite.

Le choix entre ces deux juridictions, laissé à la libre volonté des parties est un des éléments qui complique le plus la procédure devant le tribunal du Chara.

C'est le défendeur, celui qui est ajourné à compa-

raitre devant le chara qui choisit le rite suivant lequel il veut être jugé en soulevant l'incompétence avant toute défense au fond. La situation de défendeur est donc beaucoup plus avantageuse que celle de demandeur et les plaideurs de mauvaise foi s'arrangent toujours pour avoir cette position favorable, occupant de force un immeuble litigieux s'il le faut pour se réserver le droit de choisir le rite le plus favorable à leur cause. C'est une véritable course au rite le plus favorable qui rend interminables les procès, compromettant ainsi gravement les droits de chacun.

Cette situation n'a pas manqué d'attirer l'attention de quelques savants jurisconsultes et de tous les gouvernements soucieux d'avoir une bonne justice dans leur pays. Bien avant l'école libérale et Cheikh Abdou, le général Khereddine s'est rendu compte de la nécessité d'un code musulman unique sélectionnant les dispositions des deux rites qui régissent la Tunisie.

On lit, en effet, dans l'ouvrage *Safouat el Itibâr* du Cheikh Mohamed Beiram V, imprimé en Egypte en 1302, t. I, p. 64 et 65 : « Khereddine engagea aussi des pourparlers avec les représentants des Grandes Puissances en vue d'unifier les juridictions en Tunisie. Il savait bien que les Gouvernements européens n'accepteraient pas de placer leurs sujets sous l'empire de la loi musulmane, tant que subsis-

teraient : 1^o un cadi pour chacun des deux rites hanéfite et malékite ; 2^o les nombreuses divergences entre ces deux rites ou même entre les jurisconsultes de l'un ou de l'autre ; 3^o le pouvoir du magistrat de choisir et de suivre l'opinion, selon lui, la meilleure et la plus conforme à la coutume, risquant ainsi d'être, dans une même espèce, en flagrante contradiction avec un de ses collègues. Il savait aussi que les Européens voulaient que la loi à laquelle on les conviait à se soumettre fût imprimée et mise à leur portée, pour ne pas être tentés de soupçonner le magistrat de pencher pour une solution qui ne ressortirait pas des pièces du procès.

C'est pourquoi il fit venir les Codes ottoman et égyptien, chargea une personnalité versée dans la connaissance des lois européennes d'en extraire tout ce qui serait compatible avec l'état social et les coutumes du pays, constitua une commission composée du Cheikh-ul-Islam, Ahmed ben El Khoudja, du Cheikh Mhammed Ennaïfer, mufti malékite, du Cheikh Amor ben Ech-Cheikh, cadi du Bardo, de Hassouna El Haddad, notable connaissant bien la situation économique du pays, lui donna pour mission de tirer, des documents précités, *un code* conforme à la loi du Charaâ et au droit coutumier pour être appliqué en Tunisie, *sans distinction de rite* (1).

1. Journal *La voix du Tunisien*, n^o du 5 avril 1930.

Le départ de Khéréddine le créateur de la Tunisie moderne et son remplacement au Ministère par un Khaznadar empêcha cette réforme d'aboutir. Ali Bey par la suite reprit à son compte l'initiative du général Khéréddine, mais malheureusement des circonstances indépendantes de sa volonté l'empêchèrent de mettre son projet à exécution.

La Tunisie attend encore ce travail de première urgence ; ni les ulémas du Charaà, ni le gouvernement ne semblent s'y résoudre jusqu'à maintenant.

II

La procédure proprement dite est très simple en droit musulman, il n'existe pas de code, il n'y a point de délais légaux, le plaideur ne risque jamais de perdre son procès pour vice de formes ou d'inobservance de formalités, la procédure écrite n'existe presque pas et les débats tous oraux sont circonscrits au prétoire. Le Cadi fait tenir note par deux notaires des makals et jaouabs, demandes introductives d'instance, défenses et réponses des adversaires enfin certains incidents de l'audience et du jugement.

La direction des débats est entre les mains du juge. Après avoir entendu le demandeur le Cadi interpelle le défendeur pour lui demander s'il reconnaît le bien-fondé de la demande. Si la réponse est

affirmative, les fins de la demande sont adjugées, si le défendeur proteste c'est au demandeur conformément au vieil adage romain : *reus excipiendo fit actor*, à fournir la preuve de ce qu'il avance en produisant en règle générale ses témoins séance tenante. Après que le demandeur ait fait la preuve de ses allégations au lieu de s'en tenir à une simple dénégation le défendeur peut prendre un rôle actif. Il a le droit d'administrer la preuve contraire et d'invoquer à l'égard des faits avancés par la partie adverse des faits différents. Le Cadi doit l'entendre de même qu'il ne peut condamner sur simple dénégation qu'après avoir obligé le demandeur à rapporter la preuve de ce qu'il affirme.

Toute demande qui n'a été prouvée que partiellement est admise, quant à la partie pour laquelle la preuve a été faite et rejetée pour le surplus.

De même si la preuve vient dépasser l'objet de la demande le Cadi condamne à ce qui est demandé et non à tout ce qui est prouvé.

Les moyens de preuve se bornent à trois. Tout d'abord l'aveu judiciaire, l'ikrar qui clôt le procès en faisant condamner le défendeur par le Cadi. Il y a ensuite le serment, mais seulement dans le cas où la preuve par témoin est impossible et où l'aveu n'a

pas eu lieu. Il est alors déféré au défendeur conformément à la tradition du Prophète : « Le témoignage incombe au demandeur et le serment au défendeur qui dénie. »

III

Preuve testimoniale. — Les juristes musulmans parlent à peine de la preuve écrite. Ils n'admettent pas que l'écrit puisse faire preuve par lui-même ; tout au plus les docteurs hanafites enseignent-ils que l'acte sous-seing privé n'a plus aucune force probante quand la personne à laquelle on l'oppose n'a pas reconnu sa signature devant le juge.

Les malékites ne reconnaissent à l'acte sous-seing privé force probante que lorsque son authenticité est reconnue par celui auquel on l'oppose ou affirmée par deux témoins (1). Les actes de cette nature ne prouvent donc rien par eux-mêmes et celui qui veut s'en prévaloir doit en établir auparavant l'authenticité par témoins. Ainsi les jurisconsultes musulmans n'ont jamais voulu admettre que l'acte puisse valoir comme preuve directe se suffisant à lui-même. Pour avoir une certaine valeur il faut qu'il constate que des conventions sont intervenues entre deux personnes déterminées devant des témoins

1. Khalil, trad. Seignette, art. 1495 et 1577.

connus, présents et désignés dans l'écrit. Cette règle est d'autant plus curieuse que le verset 282 du chapitre II du Coran a recommandé de dresser acte des conventions intervenues sans parler pour cela de la preuve par témoins. Mais il nous faut reconnaître que l'opinion générale des jurisconsultes musulmans est que le titre ne dispense nullement de la production des témoins.

Les livres de commerce ne font jamais preuve en faveur de celui qui les a tenus. Quelques auteurs hanafites admettent cependant que les livres de commerce n'ont force probante que contre les commerçants ou ses héritiers, à la condition d'avoir été préalablement reconnus.

Quant aux actes authentiques, il semble bien que le droit musulman les a ignorés. Le seul moyen donc de se prémunir contre les dénégations toujours possibles consiste en pareille matière à faire signer la pièce devant témoins.

En résumé, on peut dire que contrairement à l'article 1341 du Code civil français qui n'admet la preuve testimoniale que pour des sommes minimales et ne reçoit aucune preuve par témoins « contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes », la preuve testimoniale constitue en droit musulman la preuve par excellence, la seule preuve directe en dehors de l'aveu, qui fasse preuve juridique complète

quels que soient la nature et l'importance des intérêts engagés (1).

Cette règle s'est trouvée à l'origine de presque toutes les sociétés à un moment où le nombre de ceux qui sachant écrire était très restreint, où les transactions commerciales, beaucoup moins importantes qu'aujourd'hui, ne faisaient intervenir qu'un nombre limité de personnes, et à une période où la foi religieuse était encore puissante et son influence prédominante sur les consciences individuelles. Mais bientôt avec le développement de plus en plus croissant des relations économiques et commerciales et l'émancipation de l'individu de tous les liens moraux qui lui faisaient redouter les châtimens célestes, la preuve par témoins apparut comme une garantie bien fragile.

L'Histoire du droit français depuis les premiers siècles du christianisme jusqu'à la Révolution française nous offre la meilleure illustration de cette idée. La preuve testimoniale d'abord souveraine disparaît de plus en plus et au fur et à mesure qu'augmente le nombre des faux témoignages la force probante de l'écrit s'affermir. Mais ce fut une évolution très lente et jusqu'au xv^e siècle la preuve par témoins devant le juge prima la preuve par écrit.

C'est ce que rapporte Bouteiller quand il dit que « s'il advient qu'en jugement une partie se veuille

1. Khalil, trad. Seignette, art. 1563.

aider de lettres en preuves, et l'autre partie se veuille aider de témoignage singulier, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les témoignages sont contraires aux lettres » (1). Nous trouvons ici la même règle que celle qui existe en droit musulman avec cette différence notable que les tribunaux français du xv^e siècle admettaient déjà la preuve par écrit à défaut de la preuve testimoniale et ne la négligeaient que lorsqu'elle était en contradiction avec cette dernière. La confusion entre ces deux modes de preuves telle qu'elle existe encore en droit musulman disparaît complètement dès la seconde moitié du xvr^e siècle. L'ordonnance de Moulins de 1566 article 54 vient consacrer définitivement la maxime que *lettres passent témoins*, en mettant un terme aux abus criants des faux témoignages dont « adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès ».

A l'heure actuelle, en Tunisie comme aux plus beaux jours de l'Islamisme, la matière des témoignages s'établit sur la distinction morale des croyants en deux grandes classes « les hommes vertueux, Salihhs, qui, dans le cas témoignage juridique sont désignés sous le nom de Schouhhoud-Oudoul, ou témoins dignes de foi ; et les hommes vicieux et irreligieux Fassiks » (2). Et si le témoignage des

1. Bouteillier, *Somme rurale*, titre CVI.

2. Ibrahim Halebi, trad. Ohsson, *op. cit.*, p. 17.

premiers est admis en toutes circonstances, celui des Fassiks n'est admis que très rarement. A cette classe sont assimilés ceux qui ont de graves défauts naturels, les aveugles « ceux qui se sont rendus infâmes par les vices que la loi condamne » et ceux qui ont subi des peines afflictives (1).

On exige du témoin qu'il connaisse exactement les faits sur lesquels il dépose, qu'il n'existe entre lui et les parties aucun lien de parenté directe et aucune inimitié, qu'il soit dans l'état légal de ses facultés intellectuelles et enfin qu'il soit intègre (Adl) donc irréprochable. Si l'Adala (l'intégrité) n'est pas reconnue on procède à la Tazkia (preuve de l'intégrité) consistant dans la convocation par le juge d'une personne honorable appelée mouzaki venant attester l'intégrité du témoin.

Les faits sur lesquels on peut s'appuyer pour reprocher les témoins sont innombrables. Cette liste qui s'allonge indéfiniment montre la volonté apeurée des théologiens d'arrêter le déclin de la religion et le prétendu relâchement des mœurs. Elle a été un instrument dont on s'est servi pour sanctionner la plupart des prescriptions religieuses et pour ramener les croyants à l'âge d'or de l'Islamisme. C'est un fait symptomatique de la décadence des peuples musulmans que les hommes de loi actuels, théolo-

1. Le témoignage des Fassiks et assimilés n'est recevable que pour les seuls actes matrimoniaux.

giens avant tout renonçant à tout effort utile et fécond s'attachent exclusivement à surenchérir sur la législation des premiers siècles. Portant la science religieuse à la façon de l'âne qui transporte des manuscrits de grande valeur, ils doutent d'eux-mêmes et des autres et voient dans toute innovation l'influence pernicieuse de Satan qu'il faut combattre.

Vous faites du sport en caleçon et tête nue pour assouplir au grand air bienfaisant vos muscles engourdis ; horreur ! c'est le diable qui vous inspire et vous serez reproché comme témoins. Vous mangez un innocent gâteau dans la rue parce que vous êtes pressé et que votre travail vous attend ; malédiction ! sur cette innovation diabolique et vous ne serez pas un témoin adl. Et ainsi d'après l'étude impartiale faite par un ancien haut fonctionnaire du gouvernement tunisien on peut reprocher tout témoin.

« 1° En l'accusant d'avoir commis un des grands péchés : assassinat, brigandage, retard ou avance de la prière sans raisons, refus de l'aumône obligatoire, abstention non motivée de jeûner pendant le mois de Ramadan, le fait de manger de la viande de porc ou de bête morte, de fuir à l'attaque de l'ennemi à la guerre sainte, d'attribuer intentionnellement des propos mensongers au Prophète, de prêter de faux serments, d'injurier les compagnons du Prophète, de pratiquer l'adultère et la pédérastie, de boire des boissons enivrantes, de voler, d'usurper, d'es-

croquer des biens de mineur, de tricher au pesage et au mesurage, de prêter à intérêts, de calomnier, de médire « sans nécessité », d'approuver la mauvaise conduite de son épouse ou d'une autre femme, de porter un faux témoignage, de refuser, de témoigner, de recevoir du bakchiche, de mentir plus d'une fois inutilement, de se livrer à la magie, de pratiquer la délation, de battre un musulman sans raison, de cesser tous rapports avec ses parents, de désobéir à son père ou à sa mère.

2° En l'accusant de toujours commettre de petits péchés, tel que le fait de voler des objets infimes, de regarder avec une arrière-pensée une femme étrangère, de jouer aux échecs.

C'est aussi s'attaquer à sa probité en l'accusant de faire ce que réprouvent les convenances sociales du pays comme le fait de passer la majeure partie de son temps à plaisanter et à badiner, de faire rire, de proférer des propos libres, de chanter et de danser en public, de marcher pieds nus ou tête nue, de manger ou d'uriner dans la rue, d'exercer un vilain métier, de dire la bonne aventure, etc...

Mais lorsqu'il s'agit d'un témoin qui ne peut être attaqué ni dans son honorabilité, ni dans sa probité, on peut alléguer contre lui ou la parenté avec l'adversaire, ou une inimitié évidente, ou un intérêt certain.

Comme on le voit, demandeur et défendeur n'ont

que l'embarras du choix pour reprocher réciproquement leurs témoins (1).

En résumé ne peuvent être entendus comme témoins que les personnes idéales auxquelles on n'a absolument rien à reprocher. Ce jeu des reproches dure pendant des années, le Cadi attendant impassible que les adversaires de guerre lasse cessent de se renvoyer la balle, pour asseoir sa conviction et rendre son jugement d'après les derniers témoignages produits.

La même enquête du journal *la Voix du Tunisien* fait ressortir pour un exemple typique pris entre mille une longue et fastidieuse énumération d'actes de procédure. Les parties avaient passé « dix-neuf années de leur existence à se battre à coup d'actes de récusation basées uniquement sauf une fois sur l'inobservation de l'heure de la prière obligatoire ».

« Trois Cadis successifs... ont assisté, impassibles, à ce curieux combat judiciaire parce que forcés d'appliquer les règles traditionnelles de cette étrange procédure !

Un grand nombre d'huissiers, de notaires, de témoins ont été mobilisés pendant 19 ans et d'ailleurs largement rétribués ou indemnisés !

Le fisc a perçu pendant 19 ans, les frais de timbre et d'enregistrement pour tous les actes dressés :

1. Journal, *La voix du Tunisien*, n° du 5 avril 1930.

1^o Une requête introductive d'instance renouvelée d'abord sur les lieux, et plus tard reprise contre les héritiers du défendeur décédé en cours du procès ;

2^o Une réponse au fond ;

3^o Une notoriété attestant le caractère habous de la moitié indivise de certaines parcelles de terres, précisée longtemps après, jugée ensuite irrégulière, rectifiée et renforcée par deux autres ;

4^o Trente et une lettres missives ;

5^o Quinze actes de délai ;

6^o Trente et un actes de reproches » (1)!

Cette affaire qui dure depuis 1898 est encore en suspens, le demandeur reprenant haleine depuis 1917 ; il est fort possible sinon certain que le combat reprendra à coup de notoriétés rejetées tour à tour jusqu'à ce que l'une des parties se trouvant devant des témoins d'une honorabilité inattaquable ou plus fréquemment parce qu'elle est ruinée, s'avouera vaincue et laissera le Cadi juger. Celui-ci peut se prononcer mais de sa propre initiative ou sur l'invitation de l'une des parties, il peut arriver qu'il se décharge de ce soin sur ses collègues du Medjless. Mais là encore on n'est pas sûr de voir trancher définitivement notre affaire ; cela n'arrivera que si tout le conseil énonce le jugement avec une unanimité parfaite. Si l'examen de l'affaire provoque

1. Journal *La Voix du Tunisien*, n^o 12 avril 1930.

des divergences de vue, des controverses, les avis exprimés | par les membres du charaà sont rédigés dans un rapport dûment signé et adressé au Gouvernement de S. A. le Bey.

A l'origine c'était le souverain qui, entouré de ses conseillers, du cheikh El Islam et de ses ministres départageait les magistrats du Charaà. A l'heure actuelle le rapport va s'engouffrer dans les bureaux de l'administration. Il peut y séjourner des années et des pièces importantes sinon le dossier entier peuvent être jetés par mégarde au panier. C'est un quelconque fonctionnaire pourvu tout au plus du diplôme de Tatouia qui sera chargé de cette délicate fonction. « Ainsi donc, des magistrats choisis presque
« toujours dans le corps des professeurs de première
« classe de l'Université de l'Olivier censés avoir une
« grande connaissance du droit et de la jurispru-
« dence seront départagés par un agent sans ins-
« truction supérieure ni pratique des affaires (1). »

La même procédure accompagnée des mêmes pratiques se retrouve devant les tribunaux religieux de l'intérieur de la régence. La situation y est en réalité plus intolérable, car à leurs errements propres, s'ajoutent les ordres et contre ordres de chara de Tunis, qui considère les Cadis de provinces comme des délégués agissant sous son contrôle,

1. Journal *La Voix du Tunisien*, n° du 19 avril 1930.

sans aucun pouvoir propre. En pratique voilà comment se présente cette imixtion. La partie la plus diligente s'adresse au Tribunal de Tunis, par une requête dans laquelle le Cadi est prié de donner à propos de l'objet de la demande des instructions à son délégué de province ; la réponse ou mrasla est remise au particulier qui va la présenter au juge de province pour s'y conformer. La partie adverse si elle se tient sur ses gardes va trouver elle aussi le Cadi de la capitale et lui prouver de manière ou d'autre que sa bonne foi a été surprise et ainsi la plupart du temps un télégramme vient annuler la mrasla délivrée auparavant. Souvent on ne s'arrête pas là et l'intervention du directeur de la justice requise à tort ou à raison vient compliquer à un degré inimaginable cette procédure dont le moins qu'on puisse dire est qu'elle ne garantit en aucune façon les droits des justiciables.

Ce qui arrive pour une simple mrasla arrive aussi fréquemment pour les jugements. On affirme et on infirme à quelques jours de distance. Cela est dû manifestement à l'absence de greffiers d'audiences. Les Cadis prononcent leurs décisions et c'est un huissier à peine lettré, un aoûn recruté parmi les vieux clients de quelques grandes familles qui va rapporter le jugement aux notaires attitrés aux fins de transcription, à moins que sa mémoire le trahissant il oublie en route dans quel sens le

juge a prononcé et au lieu de dire blanc dit noir.

Ainsi se manifeste avec le plus d'éclat le divorce complet des us et coutumes d'un pays musulman comme la Tunisie avec les dispositions charaïques qui le régissent. Un peu partout excepté dans notre pays, les musulmans revenant au véritable esprit du charaâ sacré ont su imposer à leurs ulémas le travail d'épuration nécessaire qui assure l'observation des prescriptions divines et maintient la foi dans les cœurs. Puisse leur exemple dessiller les yeux des moins avertis !

CHAPITRE VII

L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

L'autorité de la chose jugée est une des règles les plus communément admises dans toutes les législations modernes. Elle consiste dans l'impossibilité où l'on est de remettre en question les points sur lesquels le juge a statué.

Lorsqu'un procès a été tranché par un jugement, la question ainsi jugée ne peut plus faire l'objet d'une seconde instance.

On explique ordinairement cela par une présomption de vérité attachée à la décision des juges selon l'ancien adage : « Res judicata pro veritate habetur ». Mais le fondement pratique de l'autorité de la chose jugée est surtout la considération d'ordre public que les litiges ne doivent pas s'éterniser.

« Certes, dit M. Capitant, les appréciations des juges sont sujettes à erreur, mais comme il y a autant de chances d'erreur dans un nouveau jugement, il vaut mieux que lorsque le premier a été rendu avec toutes les garanties requises de régula-

rité, il clôture définitivement les contestations (1). » D'où en droit français l'exception *rei judicatae* qui donne au bénéficiaire d'un jugement le droit d'écarter toute nouvelle demande judiciaire portant sur le même objet.

La règle de l'autorité de la chose jugée n'est pas admise par la législation musulmane. Mais il est incontestable que l'idée s'y trouve, l'esprit du chara et la pensée du législateur musulman ayant toujours tendu à obtenir le même résultat recherché, la clôture définitive des contestations, l'absence de cette formule ne signifiant nullement un pouvoir donné aux juges de prononcer des jugements contradictoires.

Et M. Robe, cité par M. le Doyen Morand, reconnaît lui aussi que la règle de l'autorité de la chose jugée est absente du droit musulman. Mais il ajoute : « Néanmoins pour notre compte personnel, nous avouerons que nous ne sommes pas bien fixés sur ce point de droit musulman. Nous savons bien que c'est en vain qu'on chercherait dans cette législation quelque chose qui approche de notre article 1351 du Code civil ; mais si d'un côté nous avons dans notre expérience rencontré des faits nombreux propres à exclure l'idée de la chose jugée dans la jurisprudence musulmane, de l'autre nous avons trouvé

1. Colin et Capitant, *Droit civil*, t. II, p. 233 et s.

des opinions et des circonstances, qui tendent à nous donner la conviction que si les jurisconsultes musulmans de l'Islam ne comprennent pas, comme nous, le caractère qui s'attache aux décisions judiciaires, néanmoins ils ne paraissent pas admettre, non plus, en principe, qu'un Cadi peut juger le lendemain le contraire de ce qu'il a jugé la veille, et que le justiciable peut porter successivement son litige à toutes les Mahakmas, jusqu'à ce qu'il obtienne, un jugement favorable. » Et M. Morand déclare avec toute l'autorité qui s'attache à son nom : « Le droit musulman n'a nullement répudié le principe de l'autorité de la chose jugée. Bien au contraire, il décide qu'en règle générale, la sentence du juge ne peut être révisée. La règle, il est vrai, comporte des exceptions multiples, et peut-être est-ce le grand nombre de ces exceptions qui a fait croire à l'existence d'un principe contraire ; mais la règle certaine, indiscutable, n'en est pas moins, croyons-nous, celle-ci :

Le litige tranché par une sentence, ne saurait être porté à nouveau devant le juge, pas plus devant un autre juge que devant celui qui a déjà statué » (1).

L'opinion de ces éminents juristes est certainement la représentation la plus exacte de l'esprit du chara. Mais, nous ne saurions admettre intégral-

1. J. Robe, 1862, p. 266 cité par M. Morand, *op. cit.*, p. 339.

lement la thèse de M. Morand d'après laquelle le droit musulman décide en règle générale que la sentence du juge ne peut être révisée. A notre avis cette règle, a été dégagée beaucoup plus tard car, et il a été souvent insisté sur ce point essentiel dans la présente étude, la vérité est une dans l'Islamisme, la vérité religieuse qui embrasse toutes les vérités et plus particulièrement la vérité juridique. Aussi croyons nous que le principe général admis par la loi musulmane est que le juge doit pouvoir revenir sur sa sentence s'il s'aperçoit de son erreur par la suite. Proclamer la vérité juridique dans pareil cas ce n'est autre chose qu'accomplir un devoir religieux. L'autorité de la chose jugée force probante reconnue par les législations européennes aux décisions judiciaires n'est formulée explicitement nulle part dans le charaâ. Il y a là une présomption légale de vérité dispensant de toute preuve celui au profit duquel a été rendu la sentence et que la charaâ veut ignorer pour laisser toujours libre le chemin qui conduit vers la vérité éternelle. Cela est si vrai que lorsque le deuxième calife Musulman Omar le Juste écrivit son épître déjà citée à son Cadi de Kouffa il ne manqua pas de lui dire : « Si tu as prononcé un jugement la veille et qu'en y réfléchissant le lendemain tu sois conduit à rectifier ton opinion n'hésite pas à revenir à la vérité, car la vérité est éternelle. Mieux vaut y revenir que de persister dans

l'erreur. » Mais soutenir que la formule *Res judicata pro veritate habetur* n'existe pas dans le charaà cela ne veut pas dire que la loi musulmane a ignoré les considérations multiples qui impriment à l'autorité de la chose jugée consacrée par l'article 1351 du Code civil français le caractère d'une règle d'ordre publique. Il les a connu et un grand nombre de prescriptions en tiennent compte. Ce que l'on doit dire donc en droit musulman c'est qu'un jugement est toujours réformé si par la suite il apparaît d'une façon évidente qu'il a été mal rendu.

Avec ce principe de l'autorité de la chose bien jugée admis par la loi musulmane ceux qui ont le bon droit de leur côté réussissent souvent à force de tenacité à éclairer la religion du Cadi dont la bonne foi a été surprise et à réformer les jugements que des adversaires plus habiles ont toujours chance d'obtenir contre eux. Il n'est pas rare de voir de pauvres Fellahs n'ayant pour eux que la justice gagner finalement à ce jeu de patience contre des adversaires riches et puissants. Lorsqu'ils se présentent à chaque fois devant le cadi c'est toujours avec la conviction ferme que leur cause n'a pas été bien approfondie, que le jugement intervenu contre eux n'a pas été bien rendu. Ils s'adressent au représentant de Dieu pour lui rappeler son devoir et le supplier d'examiner de nouveau le bien-fondé de leurs droits à la lumière des faits nouveaux qu'ils lui soumettent

ou des moyens anciens qu'il n'a pu bien examiner.

Ils s'adressent au même Cadi car : « Le juge qui a rendu la sentence peut seul la rétracter lorsqu'il découvre une meilleure interprétation de la loi, ou qu'il a prononcé par erreur contrairement à sa propre interprétation s'il est lui-même juriste, ou à la doctrine admise de son Ecole dans le cas contraire (1). » M. Morand n'admet pas l'argument de cet article du grand jurisconsulte malékite parce que dit-il « ce texte vient simplement limiter les pouvoirs de révision du magistrat à l'égard des jugements rendus par son prédécesseur et n'a nullement trait à la question de savoir dans quelle mesure il lui est permis de rétracter ses propres sentences (2) ». Pour nous ce texte de Khalil est explicite car le principe général de rétraction répond bien à l'idéal religieux de la législation musulmane, les paroles de Omar ne laissant place là-dessus à aucun doute.

Mais, ajoute M. Morand, « tout jugement certifié par les deux témoins instrumentaires est exécutoire, dit Khalil, nonobstant dénégation ou oubli de la part du juge (3) » et ainsi lorsque le Cadi a statué il lui est interdit d'entraver l'exécution de sa décision.

L'article de Khalil s'applique à notre avis aux juges de même degré ou de ressorts différents

1. S. Khalil, trad. Seignette, art. 1478.

2. Morand, *op. cit.*, p. 340.

3. S. Khalil, trad. Seignette, art. 1489.

auxquels il est interdit de toucher à la sentence prononcée par un collègue ; il laisse intact le droit absolu de rétractation.

« Tout juge agissant dans son ressort, est-il dit en effet, au *Précis de Jurisprudence* de Khalil, peut commettre verbalement et en toute matière, par l'entremise de deux Tunisiens, le juge d'un autre ressort pour l'exécution d'un jugement ou l'achèvement d'une procédure... Le juge commis, ou, en cas de son changement de résidence, le juge qui en sera légalement requis, fera exécuter le jugement, voire même appliquer la peine criminelle ou continuer la procédure *en tenant pour constants les faits énoncés dans l'acte*, s'il reconnaît que le juge commettant avait qualité, ou que le jugement ou l'acte soient émanés du juge d'un chef-lieu de province... » (1).

Mais de ce que toutes les juridictions sont égales, faut-il admettre que l'institution de l'appel n'existe pas. L'appel avec ses juridictions hiérarchisées n'a jamais existé en droit musulman, le tribunal étant formé par un *cadi* unique jugeant en dernier ressort. Mais à défaut d'appel, on connut et on appliqua le principe du contrôle avec le *Sahib el Madhalim*. Le principe de l'appel tel qu'il est entendu dans les codes européens s'est introduit définitivement dans nos juridictions séculaires. Cette réforme n'a

1. S. Khalil, trad. Seignette, art. 1490 et 1497.

rien d'anti-musulman, car elle plonge ses racines dans une tradition qui remonte jusqu'au prophète. « Rien ne s'oppose, dit Omar bey Loutfy, en droit musulman à ce que la justice soit organisée dans la forme qui répond le mieux aux intérêts des justiciables. »



En résumé le Chara dans ses principes premiers n'a pas énoncé la règle de l'autorité de la chose jugée. Aucun des jurisconsultes qui ont élaboré la loi par une saine interprétation du Coran et de la Sounna ne nous a parlé de l'exception *rei judicatae* qui permet de repousser toute nouvelle demande fondée sur la même cause et s'élevant entre les mêmes parties par elles ou contre elles en la même qualité. Mais il est évident que si ces conditions se réalisent le Cadi Musulman refusera toujours de statuer à nouveau, si les parties intéressées se prévalent de la chose jugée. Ce qui existe d'ailleurs en France car d'après M. Capitant : « Illogiques en cela les tribunaux français à un autre point de vue dévient à la règle de l'article 1351 ce caractère d'ordre public. Ils décident en effet que l'exception qui en découle contre toute nouvelle demande formée sur une affaire déjà jugée a besoin d'être formellement opposée par la partie intéressée, car celle-

ci peut y renoncer explicitement ou implicitement » (1).

Si le jugement a été mal rendu pour une cause ou pour une autre, cette hypothèse se présente assez souvent dans notre pays, la loi musulmane donne au magistrat le droit de se rétracter dans l'intérêt d'une bonne justice, car il serait rigoureux d'opposer dans ce cas la chose jugée aux intéressés tant que la contestation faite par le juge ne paraît pas être la vérité vraie.

En conclusion nous faisons entièrement nôtre la thèse de M. Zeys d'après laquelle : « On ne connaît pas en droit musulman l'autorité de la chose jugée ; elle est remplacée par l'autorité de la chose bien jugée ; ce qui vaut mieux peut-être (2). »

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 234.

2. Cf. Zeys et Mohamed Ould Sidi Saïd, *Recueil d'actes judiciaires Arabes*, p. 112-113.

CONCLUSION

Des détracteurs ignorants ou de mauvaise foi soutiennent que la loi musulmane est hostile à toute civilisation et à tout progrès. Beaucoup se plaisent à confondre le Charaà Sacré aux tendances franchement rationalistes avec l'état actuel de quelques-unes de nos institutions envahies de partout par les expédients de la coutume routinière, et souvent livrées à des hommes qui ravalent le noble exercice du pouvoir judiciaire au rang d'un métier lucratif.

Nous croyons avoir répondu clairement et aux uns et aux autres. Nous avons montré que l'arrêt de l'idjtihad est la cause évidente de tout le mal dont nous souffrons, et qu'il ne faut s'en prendre qu'à soi-même de l'anarchie judiciaire qui règne chez nous.

Mais nous avons dit aussi qu'accuser la loi musulmane du désordre qui existe par le fait de quelques-uns est une profonde injustice.

Le but du Charaà, nous espérons l'avoir suffisamment démontré et aucun Cheikh ne pourra nous contredire là-dessus, a été de rendre la loi acces-

sible dans son application à tous les temps et à tous les lieux. Croire le contraire est faire preuve d'hérésie, d'ignorance manifeste ou de mauvaise volonté.

Tant que les musulmans ont compris cette grande vérité ils ont tenu pendant plus de huit cents ans le flambeau de la civilisation dans leurs mains. Mais dès le moment où ils ont négligé les bases du droit, l'Oussoul, les peuples musulmans ont périclité l'un à la suite de l'autre.

Heureusement, pour l'Islam et pour l'Humanité entière, un souffle de vigueur commence à secouer ceux qui dorment depuis des siècles. Un peu partout on extrait de l'ensemble des dispositions de la loi musulmane des textes et des Codes répondant de la façon la plus heureuse et la plus orthodoxe aux idées et aux nécessités sociales qui se sont fait jour depuis l'heure de la décadence.

Les résultats acquis jusqu'ici, considérables sans aucun doute, constituent un gage sérieux, pour ce qu'un avenir prochain nous promet. Ils replacent les peuples musulmans dans le mouvement irrésistible qui pousse l'Humanité vers l'avant et leur donnent la fierté légitime d'apporter leur modeste contribution au progrès universel.

La Tunisie il faut le dire, cherche encore son chemin ; mais elle voit son but et veut s'y acheminer.

Nos gouvernants, les hommes « qui lient et délient » selon l'expression consacrée, l'aideront efficacement

à faire ses premiers pas, en répondant enfin au vœu de tous maintes et maintes fois exprimé concernant la réforme de la Grande Mosquée et en laissant évoluer dans ses cadres propres le droit qui nous régit depuis près de quatorze cents ans. C'en est qu'à cette condition que les différents éléments, qui se côtoient en Tunisie, se retrouveront demain, dans une Humanité réconciliée pour marcher fraternellement unis dans l'estime, l'égalité et la confiance réciproques.

Mais nous dira-t-on tout ce que vous démontrez est bien, mais tout ce que vous demandez n'est peut-être pas l'exacte représentation de ce que sent et désire votre peuple ?

Est-il vrai que le peuple tunisien conscient de la situation où il stagne depuis longtemps se réveille et demande des réformes ? L'affirmative est certaine.

Voici un passage caractéristique du journal *La Voix du Tunisien* qui répond à cette préoccupation.

« Et qu'on ne dise pas que c'est la jeunesse tunisienne, aux idées avancées qui cherche à saper les fondements des institutions musulmanes, à jeter le discrédit sur les Ulémias, à engager le pays dans une voie périlleuse.

« Parmi les magistrats du Charaà, nombreux sont ceux qui n'approuvent pas tout dans la procédure,

qui appellent, de leurs vœux, toutes les réformes possibles (1) ».

De remarquables campagnes ont été menées depuis des années dans toute la presse rédigée en arabe et notamment dans le quotidien « La Nahda » dont le directeur M. Hassan Guellaty est un des avocats les mieux avertis des choses tunisiennes, dans le « Sawab », le « Zamane » et dans le « Lissan Ech-Chaàb » l'organe du parti national Destourien (Constitutionnaliste) sans oublier l'effort intéressant fourni par « En-Nadim » et « Ez-Zahou ».

Les mêmes échos se retrouvent dans les séances du Grand Conseil où le système d'élection adopté assure pourtant le recrutement de vieux tunisiens modérés et ignorant pour la plupart l'a. b. c. des systèmes juridiques occidentaux. Voici un vœu significatif présenté par M. Kaak dans la séance plénière du mercredi 12 décembre 1928 (2).

« Considérant que la question des tutelles et l'absence d'un contrôle efficace et d'une organisation complète ont donné lieu à de tels *abus* que l'opinion publique s'en est *fortement émue*.

« Que la section Indigène du Grand Conseil se faisant l'écho de cette émotion considérable a émis dans sa session de novembre-décembre 1927, un vœu

1. *La voix du Tunisien*, n° du 19 avril 1930.

2. *Procès-Verbaux du Grand Conseil de la Tunisie* (vii^e sess nov-déc. 1928) 1929, p. 162.

pour demander au Gouvernement de donner à cette *question grave* la solution *radicale* qui s'impose.

« Considérant que malgré les assurances données rien de positif n'a été fait...

« Considérant qu'il est du devoir des membres du Grand Conseil de signaler d'une *façon énergique le mécontentement grandissant* des Indigènes, qui se voient menacés dans ce qu'ils ont de plus cher, leurs enfants.

« Considérant enfin qui tout retard apporté dans la solution de cette question *éminemment importante* risquerait de jeter la suspicion sur le gouvernement lui-même, qui est cependant désireux d'apporter à cette question une solution rapide.

Emet le vœu :

Que le gouvernement faisant abstraction de toute considération d'un ordre particulier ou personnel réalise au plus tôt l'organisation rationnelle des tutelles en Tunisie ».

Un vœu presque identique fut déposé à la même séance par MM. Lezzam, Bokri, Ben Ammar, Ben Romdane, El Aouani, Annabi, Dehissi et Kamoun.

Et voici un vœu encore plus explicite émanant toujours des mêmes délégués tunisiens.

« Considérant que l'institution d'un Code de procédure pour le Charaà qui a été demandé par la section Indigène du Grand Conseil *au nom de tous les*

tunisiens a été formellement promise par le Gouvernement sans être réalisée jusqu'à ce jour...

« Considérant enfin qu'une telle réforme n'a rien de contraire à la loi du Charaà à laquelle nul ne songe à porter atteinte.

« Considérant que dans ces conditions on est forcé d'admettre que la réalisation du projet en question est entravée par des considérations qui sont loin d'être en harmonie avec le désir du peuple tunisien.

Emet le vœu :

Que le Charaà soit doté au plus tôt d'un Code de procédure répondant aux besoins des temps actuels en tenant compte du respect que l'on doit à la loi Coranique » (1).

Protestation unanime donc contre l'organisation des institutions religieuses et qui ne vise en aucune façon la loi musulmane toujours sacrée parce que non responsable de l'incurie de quelques-uns de ses desservants et de l'indifférence systématique du gouvernement du Protectorat.

Le mal dont on souffre et qui risque d'entraîner notre perte, c'est l'appréciation qui est faite du Charaà et non cette loi elle-même qui est faite à notre mesure, en tenant compte de notre structure sociale, de nos qualités et de nos défauts, de nos besoins, de nos aspirations et de nos mœurs.

1. P. V. Grand Conseil (VII^e sess. nov.-déc. 1929), 1929, p. 163.

Ce n'est que par l'évolution naturelle du Fikh et la réorganisation complète des tribunaux du Charaà que sera apporté, nous en sommes sincèrement convaincu, un grand soulagement à la soif inextinguible de justice, dont souffrent depuis si longtemps les humbles parmi nos compatriotes.

Vu : le Président de thèse
H. LÉVY-ULLMANN.

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY

BIBLIOGRAPHIE DES OUVRAGES CITÉS

- Arminjon*. — Précis de droit international privé. Dalloz, 1927.
- Baron Carra de Vaux*. — Les Penseurs de l'Islam, Paul Geuthner, 1921.
- Al Gazali. F. Alcan, 1902.
- Bismut (Victor)*. — Essai sur la dualité législative et judiciaire en Tunisie. Thèse Dijon, 1922.
- Cheikh-Mohamed Abdou*. — Rissalat al Tawhid. Trad. B. Michel et le cheik Moustafa Abdel Razik. Paris, Geuthner, 1925.
- Clavel*. — Droit musulman. Paris, Larose, 1895, 2 vol.
- Colin et Capitant*. — Traité élémentaire de droit civil, 3 volumes.
- Congrès de l'Afrique du Nord* (tenu à Paris en 1908).
- Coran*. — Trad. Kasimirski.
- Duguit*. — Traité de droit constitutionnel. Paris, 1921, 3 volumes.
- El Bokhari*. — Les Traditions islamiques. Trad. O. Houdas et W. Marçais. Impr. Nationale, 1903, 1906, 1908, 1914.
- El Ghamraoui*. — La protection des mineurs : puissance paternelle, Haute Tutelle, etc. Thèse Paris, 1929.
- El Mawerdi*. — El Ahkram es-soultania. Trad. Léon Ostrorog. Paris, 1906.
- El Wanscharisi (Ahmad)*. — La pierre de touche des Fetwas. Trad. E. Amar. Paris, 1908-1909, 2 volumes (Archives Marocaines, tomes XII et XIII).
- Fagnan*. — Les tabakat malékites. Saragosse, 1908.
- Farag (Wadie)*. — Le rôle des tribunaux mixtes et indigènes d'Egypte en matière de statut personnel. Thèse Paris 1926.
- Fitoussi*. — L'Etat tunisien. Tunis, 1901.
- Fustel de Coulanges*. — La Cité antique. Paris, Hachette, 1927.

- Gaudiani et Thiaucourt (Paul)*. — La Tunisie. Libr. Dupont. Paris, 1910.
- Goldziher*. — Le dogme et la loi de l'Islam, trad. Arin. Paris, Geuthner, 1920.
- Ibn Khaldoun*. — Prolégomènes, trad. de Slanc, éd. Quatre-mère.
- Ibrahim Halébi*. — Mouradjà d'Ohsson, trad. Tableau gén. de l'Empire ottoman, 1787.
- Ibn Tofaïl*. — Hay ibn Yaqdhan, éd. Gauthier. Alger.
- Khalil*. — Code musulman. Rite Malékite, trad. N. Seignette. Paris, 1911 ; trad. Fagnan. Alger, 1909.
- Khiat (Simon)*. — Essai sur le statut personnel des musulmans. Thèse Aix, 1924.
- Le Chatelier*. — L'Islam au XIX^e siècle. Paris, Leroux, 1890.
- Lambert*. — La fonction du droit civil comparé. Paris, Giard et Brière.
- Mohammed Elich*. — Charh. Menah el Jalil sur le mokhtassar de Khalil.
- Marçais*. — Des parents et alliés successibles en dr. musulman. Thèse Rennes, 1898.
- Morand (Marcel)*. — Etudes du droit musulman algérien. Alger, Jourdan, 1910.
- Introduction à l'étude de dr. mus. Alger, Carbonnel, 1921.
- Omar bey Loutfy*. — De l'action pénale en dr. musulman. Paris, Marchal et Billard, fasc. I (1897) ; fasc. II (1899).
- Renan (E.)*. — Averroès et l'Averroïsme. Paris, Lévy, 1866.
- Sautayra et Cherbonneau*. — Droit musulman. Du statut pers. et des succés. Paris, Maisonneuve, 1873-1874, 2 vol.
- Savvas Pacha*. — Le droit musulman expliqué (Marchal et Billard, 1896).
- Etude sur la théorie du droit musulman, 2 vol., 1892-1898.
- Le tribunal musulman, 1902.
- Sebaut*. — Dictionnaire de législation tunisienne.
- Van den Berg*. — Principes de droit musulman, trad. Fr. de Tersant. Alger, A. Jourdan, 1896.
- Zey*. — Traité élémentaire de droit musulman-algérien. Ecole malékite. Jourdan, 1886, 2 vol.

- Code annoté de la Tunisie, 1901-1905.
*Zey*s et *Mohammed Ould Sidi Saïd*, — Recueil d'actes judiciaires arabes.

PUBLICATIONS DIVERSES.

- Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence.
Revue du monde musulman.
Journal « La voix du Tunisien ».
Journal officiel tunisien.
Journal des tribunaux de la Tunisie.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.	7

LIVRE PREMIER

CHAPITRE PREMIER. — Le Charâa et son évolution....	11
CHAPITRE II. — Caractères du Charâa.....	19
CHAPITRE III. — La Science du Fikh et les Fouk'ahas.	23
CHAPITRE IV. — Les lois d'évolution du Fikh.....	35
I. — L'Idjmaâ	35
II. — Le Rai et l'Idjtihad.....	43
III. — La coutume.....	53
IV. — Le Kanoun.....	58

LIVRE II

CHAPITRE PREMIER. — Historique de l'organisation du tribunal musulman.....	65
CHAPITRE II. — Historique du tribunal musulman en Tunisie	71
CHAPITRE III. — Organisation et compétence de la juridiction religieuse du Divan.....	78
CHAPITRE IV. — Statut personnel et successoral des Musulmans tunisiens.....	83
I. — La famille musulmane.....	84
II. — Le mariage.....	87

III. — Répudiation.....	90
IV. — Divorce.....	94
V. — Protection des Incapables. Tutelle et haute tutelle.....	95
VI. — Des successions.....	114
VII. — Dévolution successorale.....	117
CHAPITRE V. — Compétence immobilière du tribunal du Charâa.....	130
I. — Le régime des immeubles et les problèmes qu'il soulève en Tunisie.....	130
II. — Le Habous ou Ouaki.....	139
III. — Du retrait (Chefâat)	156
IV. — Définition du droit de Chefâat (Chefâat)....	160

LIVRE III

CHAPITRE VI. — Procédure.....	169
CHAPITRE VII. — L'autorité de la chose jugée.....	186
CONCLUSION.	195
BIBLIOGRAPHIE.....	203

